بحوث في قضايا فقهية معاصرة

تأليف

محمد تقي العثماني

الجزء الثاني

دار القلم
دمشق



بحوث في قضايا فقهية معاصرة

تأليف

محمد تقي العثماني

قاضي التمييز الشّرعي بالمحكمة العليا لباكستان سابقاً
ونائب رئيس دار العلوم بكراتشي
وعضو مجمَعِ الفقه الإسلاميّ بجدّة

الجزء الثاني

طبع على نفقة

وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية

إدارة الشؤون الإسلامية

دولة قطر

بحوث

في

قضايا فقهية معاصرة

الجزء الثاني

دار القلم
دمشق

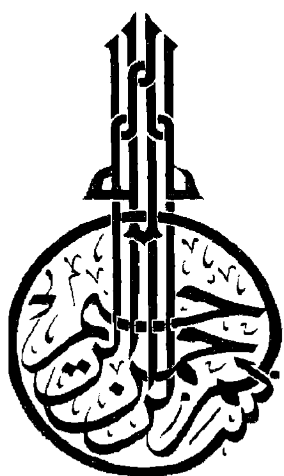
أسَّسها:
محمد علي دولة
سنة ١٩٦٧م

١٤٣٤هـ - ٢٠١٣م

طبعة خاصَّة
وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية
إدارة الشؤون الإسلامية
دولة قطر - ص.ب.: ٤٢٢
بريد إلكتروني: turathuna@islam.gov.qa

تُطلب جميع كتبنا من:
دار القلم - دمشق
هاتف: ٢٢٢٩١٧٧ فاكس: ٢٢٥٥٧٣٨ ص.ب: ٤٥٢٣
www.alkalam-sy.com
الدار الشامية - بيروت
هاتف: ٨٥٧٢٢٢ (٠١) فاكس: ٨٥٧٤٤٤ (٠١)
ص.ب: ١١٣/٦٥٠١

توزّع جميع كتبنا في السعودية عن طريق:
دار البشير - جدّة
٢١٤٦١ ص.ب: ٢٨٩٥ هاتف: ٦٦٥٧٦٢١ فاكس: ٦٦٠٨٩٠٤



بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة الجزء الثاني

الحمد لله ربِّ العالمين، والصَّلاة والسَّلام على سيدنا محمد رسوله الكريم، وعلى آله وأصحابه أجمعين، وعلى كلِّ من تبعهم بإحسان إلى يوم الدِّين.

أما بعد: فإنَّ الجزء الأول من هذا الكتاب، الذي يحتوي على عدة بحوث فقهية، صدر منذ سنين من مكتبة دار العلوم بكراتشي، ومن دار القلم بدمشق، ثم صدر الجزء الثاني من مكتبة دار العلوم بكراتشي، ثم وفقني الله تعالى بعد ذلك لتأليف بحوث أخرى في القضايا الفقهية المعاصرة، فأضفتها إلى المجلَّد الثاني، وإن دار القلم بدمشق تقوم بطبعته الجديدة.

وإن القضايا التي تعرضتُ لها في هذه البحوث معظمها تتعلَّق بالمسائل التي أحدثها عصرنا، ولم تكن معهودة في العصر الذي دوِّنت فيه كتب الفقه الأصلية، وإن الفقه الإسلاميَّ يتميَّز من حيث إنه قد وضع مبادئ وأسساً يمكن استنباط الأحكام في مثل هذه المسائل في ضوئها، لكنه يتوقَّف على ملكة فقهية تستطيع أن تطبِّق المسائل الجديدة على هذه المبادئ والأسس، وإني كطالب علمٍ للفقه الإسلاميِّ، بذلتُ جهدي المتواضع للوصول إلى الحكم الشَّرعيِّ فيها، ولكن لا آمن من أن أكون أخطأتُ في تقعيد بعض هذه القضايا على تلك المبادئ والأسس، فإنَّ العصمة مختصة بأنبياء الله تعالى ورسله.

ولذلك قدَّمت هذه البحوث إلى ندوات ومجامع فقهيَّة، ضمَّتْ نخبة من علماء العالم الإسلاميِّ، وأقدِّمها الآن إلى علماء الوطن الإسلاميِّ راجياً منهم النَّظر فيها، والتَّكرُّم بإشعاري إن وجدوا فيها خطأً، أو رأياً لا يوافق الأصول والمبادئ الفقهيَّة، فإنِّي طالب علمٍ، ومستعدٌّ في أيِّ وقت لإعادة النَّظر فيما وصلت إليه، فإن المقصود الوصول إلى الحقِّ، وليس الجمود على رأي.

واللهَ سبحانه أسألُ أن يرينا الحقَّ حقّاً ويرزقنا اتباعه، ويرينا الباطل باطلاً ويرزقنا اجتنابه.

جمادى الأولى ١٤٣١هـ

محمد تقي العثماني

دار العلوم كراتشي ١٤

باكستان

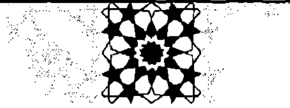
(١٤)

بيعُ الدَّينِ والأوراقِ الماليةِ

وبدائلها الشَّرعيَّةِ

بحثٌ عُرضَ على مجلس مَجْمَعِ الفقه الإسلاميِّ في الدَّورة الحادية عشرة بمدينة المنامة، في البحرين، المنعقدة في شهر رجب (١٤١٩هـ).

* * *



١٤

بيعُ الدَّينِ والأوراقِ الماليةِ

وبدائلها الشَّرعيَّةِ

● مقدمة:

الحمدُ لله ربِّ العالمين، والصَّلاة والسَّلام على سيد المرسلين وخاتم النبيِّين وإمام المتَّقين سيدنا ومولانا محمد، وعلى آله وأصحابه الطَّيبين الطَّاهرين، وعلى كلٍّ من تبعهم بإحسان إلى يوم الدِّين.

أمَّا بعد: فقد أصبح بيع الدَّين وتداوله ظاهرة فاشية في الأسواق الماليَّة في النِّظام الرَّأسماليِّ، في صورة حسم الكمبيالة، وإجراء المزايدات أو المناقصات في سندات الخزينة، وتداول شهادات الاستثمار وسندات الدُّيون وسائر الأوراق الماليَّة، وترجع جميع هذه العمليَّات إلى بيع الدَّين بأنقص من قيمته الاسميَّة تارة، وبأزيد من قيمته الاسميَّة أخرى، وقد ادَّعى بعض المعاصرين جواز بيع الدَّين وجواز هذه العمليَّات على ذلك الأساس، استناداً لتفسير خاطئ لما حُكي عن المالكية وبعض الشَّافعية من جواز بيع الدَّين.

فمَسَّتِ الحاجة إلى بيان الحكم الشَّرعي لبيع الدَّين بجميع صوره وأنواعه، وتحرير مذاهب الفقهاء في هذا الموضوع، وإنَّ هذا البحث المتواضع يهدف إلى إنجاز هذه الحاجة.

وأسأل الله ﷻ أن يوفقني لما هو الحقُّ والصَّواب، ويعصمني عن الزَّلل والخطل والضَّلال، إنه تعالى سميع قريب مجيب الدَّعوات.

أولاً: الصُّور المختلفة لبيع الدَّين:

إنَّ بيع الدَّين له صور مختلفة تكلَّم عنها الفقهاء، وهي:

١ ـ بيع الدَّين بالدَّين في ذمة مشتريه.

٢ ـ بيع الدَّين بالدَّين في ذمة طرف ثالث.

وهذان القسمان قد يُعبَّر عنهما ببيع الكالئ بالكالئ.

٣ ـ بيع الدَّين من المديون بالعروض.

٤ ـ بيع الدَّين من المديون بالنَّقد.

وهذان القسمان يعبر عنهما ببيع الدَّين ممَّن عليه الدَّين.

٥ ـ بيع الدَّين من غير المديون بالعروض.

٦ ـ بيع الدَّين من غير المديون بالنَّقد.

وهذان القسمان يُعبَّر عنهما ببيع الدَّين من غير من عليه الدَّين.

فلنتكلم على كل واحدة من هذه الأقسام على حِدَته:

١ ـ بيعُ الكالئِ بالكالئِ:

أما بيع الدَّين بالدَّين؛ الذي يسمَّى بيع الكالئ بالكالئ، فيمكن أن يعقد مع المديون نفسه، أو مع ثالث.

مثال الأول: أن يقول شخص لآخر: اشتريت منك طنّاً من القمح بألفي ربية على أن يتمَّ تسليم العوضين بعد شهر مثلاً. فالطنُّ الواحد من القمح دين في ذمة البائع، وألفا ربية دين في ذمة المشتري، ووقع بيع أحد الدَّينين بالدَّين الآخر.

ومثل: أن يبيع زيد طنّاً من القمح سَلماً، فإذا حلَّ الأجل عجز عن تسليم القمح إلى المشتري، فيقول له: بعني هذا القمح الذي هو في ذمَّتي

بثلاثة آلاف ربية أؤديها إليك بعد شهر. فالقمح الذي كان ديناً في ذمة البائع اشتراه البائع بنقد في ذمته.

وقد اتفق جمهور الفقهاء على كون هذا البيع ممنوعاً شرعاً، واستندوا في ذلك بالحديث المعروف: «**أن النَّبيَّ ﷺ نهى عن بيع الكالئ بالكالئ**»[١]

واعترض عليه بأنَّ هذا الحديث ضعيف من حيث إنَّ جميع طرقه ضعيفة؛ فإنه مرويٌّ عن عبد الله بن عمر ورافع بن خديج ﵄، ومدار كلا الحديثين على موسى بن عبيدة الرّبذي، وهو ضعيف عند جمهور المحدثين، وذكر الإمام أحمد بن حنبل: أنه لا تحلُّ الرِّواية عنه، فقيل له: إن شعبة روى عنه، فقال: لو بان لشعبة ما بان لغيره ما روى عنه[٢]

وليتنبه أن الحاكم والدَّارقطني رويا هذا الحديث من طريق موسى بن عقبة، بدلاً من موسى بن عبيدة، ولذلك صححه الحاكم على شرط مسلم، ولم يتعقبه الذَّهبي بشيء[٣]، ولكن حقَّق الإمام البيهقي ﵀ في سننه: أنه وهم، وأن الصَّحيح أن راويه موسى بن عبيدة، وليس موسى بن عقبة[٤]،

---

(١) هذا الحديث مروي عن عبد الله بن عمر ﵄، فيما أخرجه الحاكم في المستدرك: ٢/ ٦٥، رقم الحديث: (٢٣٤٢/ ٢١٣)، و٢/ ٦٦، رقم: (٢٣٤٣/ ٢١٤)، طبع بيروت ١٤١١هـ؛ والدارقطني في سننه: ٣/ ٧١ ـ ٧٢، رقم: (٢٦٩ و٢٧٠) من كتاب البيوع؛ والبيهقي في سننه الكبرى: ٥/ ٢٩٠، باب ما جاء في النهي عن بيع الدَّين بالدَّين؛ وعبد الرزاق في مصنفه: ٨/ ٩٠، حديث (١٤٤٤)؛ وابن أبي شيبة في مصنفه: ٦/ ٥٩٨، حديث: (٢١٦٩)؛ والطحاوي في شرح معاني الآثار: ٤/ ٢١، طبع مصر؛ والبزار في مسنده، كما في كشف الأستار للهيثمي: ٢/ ٩١، رقم: (١٢٨٠)؛ وابن عدي في الكامل: ٦/ ٢٣٣٥. وكذلك رُوي عن رافع بن خديج، فيما أخرجه الطبراني في معجمه الكبير: ٤/ ٣١٧، حديث: (٤٣٧٥).

(٢) تهذيب التهذيب: ١٠/ ٣٥٧.

(٣) مستدرك الحاكم مع التلخيص: ٢/ ٥٧، طبع دائرة المعارف.

(٤) سنن البيهقي: ٥/ ٢٩.

وذكر الحافظ ابن حجر رَحِمَهُ اللهُ أن الدَّارقطني نفسه اعترف في «العلل» أن موسى بن عبيدة تفرَّد به[١]، فتبيَّن أن ما ذكره الدَّارقطني في سننه من اسم موسى بن عقبة فإنه وهم.

وبالرَّغم من ضعف هذا الإسناد، فإنه قد يتأيَّد بما أخرجه عبد الرَّزاق في «مصنفه»، قال: «أخبرنا الأسلميُّ، قال: حدثنا عبد الله بن دينار، عن ابن عمر رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا قال: **نهى رسول الله ﷺ عن بيع الكالئ، وهو بيع الدَّين بالدَّين، وعن بيع المجر، وهو بيع ما في بطون الإبل (كذا)، وعن الشِّغار**» وليس فيه موسى بن عبيدة، بل هو مروي من طريق الأسلميِّ، وهو إبراهيم بن أبي يحيى الأسلميُّ[٢] والكلام فيه معروف، فقد تركه أكثر المحدِّثين، ولكن أكثر عنه الإمام الشَّافعيُّ، وقال فيه: (لأن يخرَّ من السماء ـ أو قال: من بُعد ـ أحب إليه من أن يكذب، وكان ثقة في الحديث). وكذلك وثقه ابن عقدة وابن الأصبهاني وابن عديٍّ، وإن أكثر المحدثين تركوه لبدعته، والجرح مقدَّم كما قال فيه الذَّهبيُّ[٣]، ولكن يحتمل أن يصلح للمتابعة على أساس توثيق الإمام الشَّافعيِّ وغيره، والله سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أعلم.

ثمَّ إن جمهور علماء الأمَّة عملوا بمضمون هذا الحديث وحرَّموا بيع الدَّين بالدَّين، وقد ذكر غير واحد من المحدِّثين أنَّ ما تلقَّاه أهل العلم بالقَبولِ ينجبر به ضعف إسناده. قال السيوطيُّ رَحِمَهُ اللهُ، وهو يبحث عن تعريف الحديث الصَّحيح:

(وكذا ما اعتُضد بتلقي العلماء له بالقبولِ. قال بعضهم: يحكم للحديث بالصِّحة إذا تلقاه النَّاس بالقبولِ وإن لم يكن له إسناد صحيح. قال

---

(١) تلخيص الحبير: ٣/٢٦، رقم: (١٢٠٥).
(٢) نصب الراية: ٤/٤٠.
(٣) ميزان الاعتدال: ١/٥٩.

ابن عبد البرِّ في «الاستذكار»: لما حكى عن التِّرمذيِّ أنَّ البخاريَّ صحَّح حديث البحر «**هو الطَّهور ماؤه**» وأهل الحديث لا يصحِّحون مثل إسناده: لكن الحديث عندي صحيح، لأن العلماء تلقَّوه بالقَبولِ، وقال في «التَّمهيد»: روي عن جابر، عن النَّبيِّ ﷺ: «**الدِّينار أربعة وعشرون قيراطاً**» قال: وفي قول جماعة العلماء وإجماع الناس على معناه غنيٌّ عن الإسناد فيه)[١]

وقال ابن الهمام رحمه الله:

(ومما يصحِّح الحديث أيضاً عمل العلماء على وفقه. وقال التِّرمذيُّ عقيب روايته: حديث غريب، والعمل عليه عند أهل العلم... إلخ. وفي الدَّارقطني: قال القاسم وسالم: عمل به المسلمون. وقال مالك: شهرة الحديث بالمدينة تغني عن صحة سنده)[٢]

وقال السَّخاويُّ رحمه الله:

(وكذا إذا تلقَّتِ الأمَّة الضَّعيف بالقَبول يعمل به على الصَّحيح... ولهذا قال الشَّافعيُّ رحمه الله في حديث «**لا وصية لوارث**»: إنه لا يثبته أهل الحديث، ولكنَّ العامَّة تلقَّته بالقَبولِ وعملوا به حتى جعلوه ناسخاً لآية الوصيَّة)[٣]

وقال السُّيوطيُّ رحمه الله وهو يتكلَّم في حديث ابن عباس: «**من جمع بين الصَّلاتين من غير عذر، فقد أتى باباً من أبواب الكبائر**»:

(الحديث أخرجه الترمذي، وقال: حسن، ضعفه أحمد وغيره، والعمل على هذا الحديث عند أهل العلم، فأشار بذلك أنَّ الحديث اعتضد

---

(١) تدريب الراوي، للسيوطي، ص ٢٥، طبع المدينة المنورة.
(٢) فتح القدير، لابن الهمام: ٣/ ٣٤٩، مبحث طلاق الأمة، من كتاب الطلاق.
(٣) فتح المغيث، للسخاوي: ١/ ٢٦٨.

بقول أهل العلم، وقد صرَّح غير واحد بأن من دليل صحَّة الحديث قول أهل العلم به، وإن لم يكن له إسناد يعتمد على مثله)[١]

وعلى كلٍّ، فقد اتَّفق جمهور الفقهاء على تحريم بيع الكالئ بالكالئ، وفسَّره أكثرهم ببيع الدَّين بالدَّين، حتى حكى بعضهم الإجماع على كونه ممنوعاً، وروي عن الإمامِ أحمدَ بن حنبل رَحِمَهُ اللهُ: أنه قال:

(ليس في هذا حديث يصحُّ، لكن الإجماع على أنه لا يجوز بيع دين بدين)[٢]

والحقُّ أنَّ الإجماع على منع بيع الدَّين بالدَّين إنَّما وقع على بعض صوره، مثل: عقد السّلم برأس مال مؤجَّل إلى ما فوق ثلاثة أيام، أو استبدال المسلم فيه بثمن أكثر من رأس مال السَّلم.

وقد أجاز المالكيَّة بعض صورٍ لبيع الدَّين بالدَّين، وكذلك أجاز العلَّامة ابن تيمية وتلميذه ابن القيِّم رحمهما الله صوراً منه[٣].

وبما أنَّ غرض هذا البحث لا يتعلَّق بتفاصيل هذه الصُّور، فنكتفي في هذا الموضوع بهذا القدر.

٢ ـ بيعُ الدَّينِ من المديونِ:

والصُّورة الثانية من بيع الدَّين: أن يباع الدَّين من المديون نفسه بثمن حالٍّ، ويعبِّر عنه الفقهاء ببيع الدَّين ممَّن هو عليه. وهذا جائزٌ عند جمهور الفقهاء، قال الكاسانيُّ رَحِمَهُ اللهُ:

(ويجوز بيعه (يعني: الدَّين) ممَّن عليه؛ لأن المانع هو العجز عن

---

(١) التَّعقبات على الموضوعات، ص ١٤، طبع لاهور، سنة ١٨٨٦م.

(٢) فيض القدير، للمناوي: ٦/ ٣٣.

(٣) راجع: الدُّسوقي على الشَّرح الكبير: ٣/ ١٩٥ ـ ١٩٧، ط. دار الفكر ببيروت، وإعلام الموقعين: ٢/ ٣٨٨ ـ ٣٨٩؛ والغرر وأثره في العقود، للشيخ الدكتور الصديق محمد الأمين الضَّرير، ص ٣٣١.

التَّسليم، ولا حاجة إلى التَّسليم هنا، ونظيره: بيع المغصوب أنه يصحُّ من الغاصب ولا يصح من غيره إذا كان الغاصب منكراً، ولا بينة للمالك)[١].

ولا يخفى أن جواز بيع الدَّين من المديون خاضع لجميع الشُّروط العامة التي تشترط لجواز البيوع كلِّها، فمثلاً: يشترط لجواز البيع أن يكون المبيع مقبوضاً للبائع، وهذا الشَّرط يتأتَّى في بيع الدَّين أيضاً، ولذلك لا يجوز بيع المسلم فيه من المسلم إليه قبل أن يقبضه ربُّ السَّلم. ولذلك يقول الكاسانيُّ رحمه الله:

(ولا يجوز بيع المسلم فيه؛ لأن المسلم فيه مبيع، ولا يجوز البيع قبل القبض)[٢]

ويقول الشِّيرازيُّ رحمه الله:

(وإن كان الدَّين غير مستقرٍّ، نظرت، فإن كان مسلماً فيه لم يجز بيعه لما روي: أن ابن عباس رضي الله عنهما سئل عن رجل أسلف في حلل دقاق فلم يجد تلك الحلل، فقال: آخذ منك مقام كل حُلَّة من الدّقاق حلَّتين من الجِلِّ، فكرهه ابن عباس)[٣].

وكذلك إن كان الدَّين وعوضه ربويَّين، يشترط في جواز بيعه ما يشترط في مبادلة الرِّبويات بعضها ببعض، ولذلك منع أكثر الفقهاء أن يعجَّل الدَّين المؤجَّل مقابل إسقاط بعض الدَّين، كما تقرَّر في مسألة (ضع وتعجَّل)[٤]

---

(١) بدائع الصَّنائع: ٥/ ١٤٨

(٢) المرجع السَّابق نفسه.

(٣) المجموع شرح المهذب: ٩/ ٢٩٧.

(٤) وقد بسطت الكلام على هذه المسألة في كتابي: بحوث في قضايا فقهية معاصرة: ١/ ٢٥ ـ ٣٥، طبع دار القلم دمشق، وقد أصدر مجمع الفقه الإسلامي بجدَّة قراراً في الموضوع سيأتي نصُّه.

وكذلك إذا اشترى المدين دينه من الدَّائن بثمن أكثر مؤجَّل، فهذا عين الرِّبا، وهو في معنى (أتقضي أم تُربي؟) وقد نزل بحرمته القرآن الكريم.

ولكن معنى جواز بيع الدَّين ممَّن عليه الدَّين، أن يقول المديون: اشترِ منِّي هذا الثَّوب بدينك عليَّ. أو يقول الدَّائن: أبيعك ديني في ذمَّتك بثوبك هذا. فهذا جائز عند جمهور الفقهاء.

٣ ـ بيعُ الدَّينِ من غير المديون:

الصُّورة الثَّالثة من بيع الدَّين: أن يبيع الدَّائن دينه من طرف ثالث غير المديون، وإنَّ هذه الصُّورة وقع فيها اختلاف بين الفقهاء:

أ ـ مذهب الحنفية والحنابلة والظاهرية:

ذهب الحنفية والحنابلة والظَّاهريَّة إلى أن بيع الدَّين من غير من عليه الدَّين لا يجوز. قال الإمام محمد بن الحسن الشَّيباني رحمه الله:

(لا ينبغي للرَّجل إذا كان له دين أن يبيعه حتى يستوفيه؛ لأنه غرر، فلا يدري أيخرج أم لا يخرج)[١]

وقال الكاسانيُّ رحمه الله:

(ولا ينعقد بيع الدَّين من غير من عليه الدَّين؛ لأن الدَّين إما أن يكون عبارة عن مال حكميٍّ في الذِّمة، وإما أن يكون عبارة عن فعل تمليك المال وتسليمه، وكلُّ ذلك غير مقدور التَّسليم في حق البائع، ولو شرط التَّسليم على المديون لا يصحُّ أيضاً، لأنه شرط التَّسليم على غير البائع فيكون شرطاً فاسداً فيفسد البيع)[٢]

وقال القاضي أبو يعلى الحنبليُّ رحمه الله:

(١) الموطَّأ، للإمام محمد رحمه الله، باب الرَّجل يكون له العطايا أو الدَّين على الرَّجل فيبيعه، ص٣٥٤.

(٢) بدائع الصَّنائع: ٥/ ١٤٨

(واختلف في بيع الدَّين ممن هو عليه، فنقل أبو طالب المنع، ونقل مهنا جواز ذلك، ولا تختلف الرِّواية أنه لا يجوز بيعه من غير من هو في ذمَّته. وجه الأولى: أنه بيع دين قبل قبضه فلم يصحَّ، كما لو باعه من غير من هو عليه. ووجه الثانية: أنه إذا باعه ممن هو عليه فقد حصل القبض فيه، فيجب أن يصح، ويفارق هذا إذا باعه من غيره أنه لا يصحُّ، لأنه قد لا يتمكَّن من استيفائه ممَّن عليه فيتعذَّر تسليم المبيع، فلهذا لم يصح)[١]

وقال المرداويُّ رَحِمَهُ اللَّهُ:

(لا يجوز بيع الدَّين المستقر لغير من هو في ذمته، وهو الصَّحيح من المذهب وعليه الأصحاب، وعنه: يصحُّ. قاله الشَّيخ تقيُّ الدِّين رَحِمَهُ اللَّهُ. وقد شمل كلام المصنِّف مسألة بيع الصِّكاك، وهو الورق ونحوه. . . فإن كان الدَّين نقداً، أو بيع بنقد لم يجز بلا خلاف؛ لأنه صرف بنسيئة. وإن بيع بعرض وقبضه في المجلس ففيه روايتان: عدم الجواز، قال الإمام أحمد: وهو غرر. والجواز؛ نصَّ عليها في رواية حرب وحنبل ومحمد بن الحكم)[٢].

وقال ابن حزم رَحِمَهُ اللَّهُ من الظَّاهرية:

(ولا يحل بيع دين يكون لإنسان على غيره، لا بنقد ولا بدين، لا بعين ولا بعرض، كان ببيِّنة أو مُقرّاً به أو لم يكن، كلُّ ذلك باطل. . . برهان ذلك أنه بيع مجهول وما لا يُدرى عينه. وهذا هو أكل مال بالباطل، وهو قول الشَّافعيِّ. وروينا من طريق وكيع، حدثنا زكريا بن أبي زائدة قال: سئل الشَّعبيُّ عمن اشترى صكّاً فيه ثلاثة دنانير بثوبٍ؟ قال: لا يصلح. قال

(١) كتاب الروايتين والوجهين، لأبي يعلى: ١/ ٣٥٧.

(٢) الإنصاف، للمرداوي: ٥/ ١١٢، وراجع أيضاً: الفروع، لابن مفلح: ٤/ ١٨٥.

وكيع: وحدثنا سفيان، عن عبد الله بن أبي السَّفر، عن الشَّعبيِّ، قال: هو غرر)[١].

ثم إنَّ الذين منعوا بيع الدَّين من غير المدين، إنَّما منعوه عن طريق البيع. أما إذا وقع نقل الدَّين بطريق الحوالة، فإنه جائز عند الجميع، والفرق بين البيع والحوالة ظاهر جدّاً على مذهب الحنفية، فإنهم قائلون بأنه إذا توى الحوالة بإفلاس المحال عليه أو جحوده عند عدم البيِّنة فإن للمحتال (الدَّائن الأصيل) أن يرجع على المحيل (وهو المديون الأصليُّ)[٢].

أمَّا إذا باع المديون دَينه، فكأنَّه أحلَّ مشتري الدَّين محلَّه في جميع حقوقه ومخاطره، فإذا أفلس المديون الأصليُّ أو جحد الدَّين لا يستطيع أن يرجع على بائع الدَّين. ومن هنا يتحقق الغرر الذي منعوا بيع الدَّين من أجله، ولا يتحقَّق هذا الغرر في الحوالة؛ لأنَّ للدَّائن أن يرجع على المحيل عند إفلاس المحال عليه أو جحوده.

أما الحنابلة، فلا يرجع عندهم المحتال على المحيل أبداً، وإن أفلس المحتال عليه أو جحد، ولكن إن شرط المحتال ملاءة المحتال عليه، وقبل الحوالة على ذلك الأساس، ثم تبيَّن أنه معسر، فإنه يحقُّ له أن يرجع على المحيل[٣] ومن هذه الجهة: الفرق عندهم بين بيع الدَّين، حيث لا يجوز، وبين الحوالة، حيث تجوز، من ناحيتين:

الأولى: أن في بيع الدَّين ينتقل الدَّين إلى المشتري بمجرد العقد، وبما أن حصول الدَّين غير متيقَّن، فالغرر لازم فيه بمجرد العقد، فلا يجوز. أمَّا إذا باع رجل شيئاً بثمن لم يقبضه، وأراد المشتري أن يحيل

(١) المحلَّى، لابن حزم: ٩/ ٦.

(٢) راجع: الهداية مع فتح القدير: ٦/ ٣٥٢.

(٣) المغني، لابن قدامة: ٥/ ٥٩، دار الفكر.

البائع على مديون له، فإن ذلك لا يمكن إلا برضا ذلك المديون، ولا ينتقل الدَّين إلى البائع تلقائيّاً بمجرد العقد، ولذلك يجوز أن لا يرضى بالحوالة، فالحوالة لا غرر فيها، ومن ثمَّ جاز العقد، وانعقدت الحوالة بعقد مستقلٍّ برضا البائع.

والثانية: أنه إذا قبل المحتال الحوالة على شرط ملاءة المحتال عليه، ثم تبيَّن أن المحال عليه مُعسر، فإنه يجوز للمحتال أن يرجع على المحيل، ولا يتيسَّر ذلك في بيع الدَّين.

ب ـ مذهبُ المالكيَّةِ في بيعِ الدَّينِ لغير المَدينِ:

أما المالكية، فالأصل عندهم أيضاً: أنه لا يجوز بيع الدَّين من غير المَدين، إلا أنهم أجازوا ذلك بشروط.

وقد لخَّص الزَّرقانيُّ رحمه الله أحكام بيع الدَّين من طرف ثالث بقوله:

(ومنع بيع دين على الغائب ولو قربت غيبته، أو ثبت ببينة وعلم ملؤه، بخلاف الحوالة عليه فإنها جائزة... ومنع بيع دَينٍ على حاضر ولو ببينة إلا أن يقرَّ، والدَّين مما يباع قبل قبضه، وبيع بغير جنسه، وليس ذهباً بفضة، ولا عكسه، وليس بين مشتريه ومن عليه عداوة، ولا قصد إعناته، فلا بدَّ من هذه الخمسة شروط لجواز بيعه زيادة على قوله: يقرُّ)[1].

والحاصل أن بيع الدَّين من غير المَدين يجوز عند المالكية بشروط آتية:

١ ـ أن يكون المديون حاضراً، لا غائباً.

٢ ـ أن يكون المديون مقرّاً بالدَّين.

٣ ـ أن يكون الدَّين مما يجوز بيعه قبل قبضه، فلا يجوز بيعه إذا كان طعاماً، فإنه لا يجوز بيعه قبل قبضه.

---

(١) شرح الزرقاني على مختصر خليل: ٣/ ٨٣.

٤ ـ أن يباع الدَّين بغير جنسه، فإن كان الدَّين دراهم، وبيع بالدَّراهم؛ فإنه لا يجوز، وزاد الدُّسوقي: أنه إن كان من جنسه فلابدَّ من التَّساوي(١)

٥ ـ أن لا يباع دَينُ الذَّهبِ بالفِضة أو بالعكس؛ لكونه صرفاً وانعدم فيه التَّقابض.

٦ ـ أن لا يكون بين المدين ومشتري الدَّين عداوة، حتى لا يكون في البيع إعنات للمدين بتمكين عدوه منه.

وزاد الدُّسوقيُّ عليها شرطين:

الأول: أن يكون الثَّمن نقداً، وهو ظاهر لأنه إن كان ديناً صار بيع الدَّين بالدَّين، وقد مرَّ امتناعه.

والثاني: أن يكون المديون من تأخذه الأحكام؛ ليمكن تخليص الحقِّ منه عند القاضي إذا امتنع عن الأداء(٢).

ج ـ مذهبُ الشَّافعيَّة:

قد اختلفت الرِّوايات في مذهب الشَّافعية في قضية بيع الدَّين من غير المدين. قال النَّوويُّ رحمه الله:

(اعلم أن الاستبدال بيع لمن عليه دَين. فأما بيعه لغيره، كمن له على إنسان مئة، فاشترى من آخر عبداً بتلك المئة، فلا يصحُّ على الأظهر لعدم القدرة على التَّسليم، وعلى الثاني: يصح بشرط أن يقبض مشتري الدَّين ممَّن عليه، وأن يقبض بائع الدَّين العوض في المجلس، فإن تفرَّقا قبل قبض أحدهما بطل العقد. قلت: الأظهر الصحة)(٣).

---

(١) الدسوقي على الشَّرح الكبير: ٣/ ٦٣

(٢) المرجع السَّابق نفسه.

(٣) روضة الطالبين، للنووي: ٣/ ٥١٤.

قال البغويُّ رحمه الله:

(أما إذا باع الدَّين من غير من عليه، مثل: إن كان له على زيد عشرة دراهم، فاشترى من عمرو ثوباً بتلك العشرة، أو قال لعمرو: بعتك العشرة التي في ذمَّة زيد لي بثوبك هذا، فاشتراه عمرو، فالمذهب أنه لا يجوز، لأنه غير قادر على تسليمه. وفيه قول آخر: أنه يجوز على حسب ما يجوز ممن عليه، فعلى هذا يشترط أن يقبض مشتري الدَّين ممَّن عليه، وبائعه يقبض العِوض في المجلس حتى لو تفرَّقا قبل قبض أحدهما بطل)[١]

وبمثله جاء في «شرح المهذَّب» ولفظه:

(فأما بيعه لغيره، كمن له على رجل مئة فاشترى من آخر عبداً بتلك المئة؛ ففي صحته قولان مشهوران: **أصحهما**: لا يصحُّ، لعدم القدرة على التَّسليم. **والثاني**: يصح بشرط أن يقبض مشتري الدَّينِ الدَّينَ ممَّن هو عليه، وأن يقبض بائع الدَّين العوض في المجلس، فإن تفرَّقا قبل قبض أحدهما بطل العقد)[٢]

وحاصل هذه النُّصوص أن بيع الدَّين من غير المدين لا يجوز عند الشَّافعية إلا إذا قبض المشتري الدَّين من المدين في مجلس العقد، وهذا الشَّرط في الحقيقة يؤول إلى عدم جواز بيع الدَّين، لأن الدَّين متى قبض في المجلس لم يبق ديناً. ولعلَّ هذا هو السَّبب في أن النَّوويَّ رحمه الله لم يذكر في «منهاج الطَّالبين» إلا قول عدم الجواز، فقال:

(وبيع الدَّين لغير من عليه باطل في الأظهر بأن اشترى عبد زيد بمئة له على عمرو)[٣]

---

(١) التَّهذيب، للبغوي: ٣/ ٤١٧.
(٢) المجموع شرح المهذَّب: ٩/ ٣٠٠.
(٣) منهاج النَّووي مع مغني المحتاج: ٢/ ٧١.

ولكن كثيراً من علماء الشَّافعية لم يذكروا هذا الشَّرط، حتى إن الشِّيرازيَّ رحمه الله نفسه لم يذكره في متن «المهذَّب» حيث قال:

(وهل يجوز من غيره؟ فيه وجهان: **أحدهما**: يجوز؛ لأن ما جاز بيعه ممن عليه جاز بيعه من غيره كالوديعة. **والثاني**: لا يجوز لأنه لا يقدر على تسليمه إليه، لأنه ربما منعه أو جحده، وذلك غرر لا حاجة به إليه فلم يجز. والأول أظهر، لأن الظَّاهر أنه يقدر على تسليمه إليه من غير منع ولا جحود)[١]

وقال الشِّربينيُّ الخطيب رحمه الله بعدما اعتمد على قول الجواز:

(وصرَّح في أصل «الروضة» كالبغوي باشتراط قبض العوضين في المجلس وهذا هو المعتمد، وإن قال المطلب: مقتضى كلام الأكثرين يخالفه)[٢].

ويظهر من تمحيص كتب الشَّافعيَّة أنَّ كثيراً منهم ذهبوا إلى عدم جواز بيع الدَّين من غير المدين مطلقاً. والذين ذهبوا إلى الجواز قيَّدوه بقبض الدَّين في مجلس العقد. والذين ذكروا الجواز بدون هذا الشَّرط، كالشِّيرازي، فإمَّا أن يحمل مطلق كلامهم على التَّقييد الذي ذكره الآخرون، أو يكون قولاً ثالثاً، ومنهم من حاول التَّطبيق بينهما بأن شرط القبض في المجلس محلّه إذا كان الدَّين وعوضه من الأموال الرِّبويَّة، وإطلاق الجواز بدون الشَّرط محلَّه إذا لم يكونا من الأموال الرِّبويَّة، وهذا التَّفريق يبدو حسناً، ولكن ردَّه الشِّربينيُّ والرَّمليُّ على أساس أن من قيَّد الجواز بالقبض جاء بمثال مال غير ربويٍّ، وهو العبد[٣]

(١) المهذَّب مع المجموع: ٩/ ٢٩٧.

(٢) مغني المحتاج: ٢/ ٧١؛ وذكر مثله الرَّملي في نهاية المحتاج: ٤/ ٩٠.

(٣) المرجعان السابقان نفسهما.

ثانياً: تداولُ الأوراقِ الماليَّةِ المعاصرةِ:

بعد دراسة الأحكامِ الفقهيَّةِ المتعلِّقة ببيع الدَّين، ننتقل الآن إلى الأوراق الماليَّة التي شاع تداولها في الأسواق المعاصرة، وبيان حكمها الشَّرعيِّ.

فمن هذه الأوراق الماليَّة: أسهم الشَّركات أو الصَّناديق التي تمثِّل موجودات عينية غير النُّقود، وإن هذه الأوراق خارجة عن موضوع هذا البحث، لأنها لا تمثِّل قروضاً أو ديوناً، وقد فرغنا عن بيان حكمها الشَّرعيِّ في بحوث أخرى.

والأوراق التي نريد بيان حكمها الشَّرعيِّ في هذا البحث هي الأوراق التي تمثِّل قروضاً أو ديوناً لحاملها في ذمَّة مُصدرها، وهي ـ على تنوُّع أسمائها ـ ترجع إلى نوعين كبيرين: النَّوع الأول: السَّندات، والثَّاني: الكمبيالات. فلنتكلم على كل واحد منهما بصفة مستقلَّة.

١ ـ السَّنداتُ (Bonds):

السَّند (Bonds) في الاصطلاح المعاصر وثيقة يُصدرها المديون لمقرضه اعترافاً منه بأنَّه استقرض من حاملها مبلغاً معلوماً يلتزم بأدائه في وقت معلوم. وإنَّ هذه السَّندات تُصدَر عادة لعرضها على الجمهور ليحصلوا عليها بأداء المبلغ المكتوب على وجهها حتى يصيروا مقرضين ذلك المبلغ لمُصدر السَّند.

وإنَّ هذه السَّندات ربَّما تُصدرها الشَّركات المساهمة التِّجارية أو الصِّناعية حينما تحتاج إلى اقتراض مبالغ كبيرة من المال لإنجاز مشاريعها، ولا تجد أفراداً أو مؤسَّسات تقرضها الأموال بالحجم المطلوب، فتعرض هذه السَّندات على الجمهور.

وربَّما تُصدر هذه السَّندات من قبل الحكومات التي تريد أن تموِّلَ عجز ميزانيتها، فتقترض من الجمهور.

وإن هذه السَّندات، سواء أصدرتها الشَّركات أو أصدرتها الحكومة إنَّما تلتزم بأداء فوائد ربوية إلى من يحملها، فالسَّند الذي قيمته الاسميّة مئة ربية مثلاً تستحق أن يدفع لحاملها مئة وعشرة بعد سنة، ويحقُّ له أن يبيع هذا السَّند في السُّوق، وإنها تباع وتُشترى بثمن يتراضى عليه الفريقان، فمن حصل على هذا السَّند بمئة، فإنه يبيعه إلى آخر بمئة وخمسة، ويشتريه ذلك الآخر بهذا الثَّمن؛ لأنه يرجو أن يحصل على مئة وعشرة ربيات في نهاية المدة.

وهناك سندات أخرى، تصدر من قبل الحكومة، وتعرض عادة على البنوك والمؤسَّسات المالية الأخرى، وتسمَّى: سندات الخزينة. ومقصود هذه السَّندات نفس المقصد الذي من أجله تصدر السَّندات الحكومية الأخرى، غير أنَّ هذه السَّندات تعرض على البنوك لتشتريها على أساس المزايدة، فالسَّند الذي قيمته ألف ربية مثلاً يتضمَّن التزام الحكومة بأداء ألف ربية إلى حامله عند حلول أجله، فتجري في شرائه المزايدة فيما بين البنوك، وتأتي العروض من قبلها إلى البنك المركزي، فتباع هذه السَّندات إلى من عرضه أكثر؛ فمثلاً: عرض بنك أن يشتري هذا السَّند بتسعين، وآخر بواحد وتسعين؛ فإن الأخير يستحقُّ الشِّراء.

ومعنى بيع هذه السَّندات أن مشتريها أقرض مبلغ الثَّمن إلى الحكومة، واستحقَّ من خلال هذا الإقراض أن يحصل على قيمة السَّند الاسمية وهي الألف في الصُّورة المذكورة عند حلول أجله.

إنَّ هذه السَّندات كلّها ربوية من أصلها، حيث إن المُقرض يلتزم فيها بأداء مبلغ القرض وزيادة، فلا يخفى حرمة تداولها لأنَّها تؤدِّي إلى تعامل ربويٍّ حرام.

ولكن لو فرضنا أنَّ هذه السَّندات أصدرت من قبل الحكومة على أساس القرض الشَّرعيِّ بدون فائدة، فهل يجوز بيعها؟ يتأتَّى فيه الخلاف

المذكور في بيع الدَّين، فلا يجوز بيعها عند الحنفيَّة والحنابلة والظَّاهريَّة مطلقاً، وكذلك لا يجوز في الظَّاهر عند الشَّافعيَّة، إمَّا لأنَّ الكثيرين منهم مع الحنفية والحنابلة في منع بيع الدَّين من غير المَدين، وإمَّا لأنهم اشترطوا لجوازه أن يقبض الدَّين في المجلس كما أسلفنا، وحصول هذا الشَّرط متعذِّر في السَّندات فلا يجوز عندهم.

نعم يجوز ذلك عند من لا يشترط لجواز بيع الدَّين أن يقبض الدَّين في المجلس، فإن اشتريت هذه السَّندات بعين من الأعيان، مثل: الثَّوب، أو الحبوب الغذائية، أو الأشياء الأخرى غير النَّقد؛ فهذا البيع جائز على هذا القول مطلقاً. أما إذا اشتريت بالنُّقود، فلم أجد من الفقهاء الشَّافعية تصريحاً في هذا الباب، ولكن قياس قولهم في الصَّرف أن لا يجوز، لأن بيع النُّقود بالنُّقود صرف، ويشترط فيه التَّقابض في المجلس، ولو أجزنا بيع السَّندات بثمن حال، فكأنَّنا أجزنا بيع النُّقود بالنُّقود نسيئة. مع أنه يشترط لجوازه أن يقبض الدَّين في المجلس، وهو متعذِّر في السَّندات فلا يجوز.

أما المالكية، فيجوز عندهم بيع الدَّين لغير المَدين بالشُّروط التي ذكرناها في تحقيق مذهبهم، ومن جملة هذه الشُّروط أنه إذا بيع الدَّين بجنسه فإنه يشترط فيه التَّساوي[1]؛ فإن كان السَّند قيمته مئة، فلا يباع إلا بمئة لا يزاد ولا ينقص، ومن الظَّاهر أنَّ هذا الشَّرط لا يحصل به غرض السُّوق الثانوية التي تباع فيها السَّندات، فالحاصل أنَّ التَّعامل الذي يجري في سوق الأوراق المالية من بيع السَّندات وشرائها محرَّم شرعاً. وسوف نتكلَّم على بدائلها الشَّرعية في آخر البحث إن شاء الله تعالى.

---

(١) قال الدسوقي في سياق شروط جواز الدَّين لغير المدين: (وبيع (أي الدَّين) بغير جنسه، أو بجنسه وكان مساوياً، لا أنقص، وإلا كان سلفاً بزيادة، ولا أزيد، وإلا كان فيه حط الضَّمان وأزيدك). راجع: حاشية الدسوقي على الشَّرح الكبير، للدَّردير: ٣/ ٦٣.

٢ ـ **الكمبيالات** (Bills of Exchange):

النَّوع الثاني من الأوراق الماليَّة التي تتداول في السُّوق اليوم تسمَّى كمبيالة، وهي عبارة عن الوثيقة التي يكتبها المشتري للبائع في بيع مؤجَّل، ويعترف فيها بأنه وجب في ذمته ثمن المبيع، وأنه يلتزم بأدائه في تاريخ آجل.

وإنَّ البائع حامل الكمبيالة ربَّما يريد استعجال الحصول على مبلغها، فلا ينتظر إلى تاريخ نضج الكمبيالة، بل يبيعها إلى طرف ثالث بأقل من قيمتها الاسميَّة ويسمَّى: حسم الكمبيالة، أو خصم الكمبيالة (Discounting)، والعادة في سوق الأوراق أن مقدار هذا الحسم نسبة من مبلغ الكمبيالة تحدَّد على أساس مدَّة نضجها، فكلَّما كانت مدَّة نضجها أكثر كانت نسبة الحسم أكثر، وكلَّما كانت المدَّة أقلّ، كانت نسبة الحسم أقلَّ.

وإن معظم العلماء المعاصرين خرَّجوا حكم الكمبيالة على أساس أنه بيع دين بنقد أقلَّ منه، وحرَّموه من هذه الجهة.

وقد ذكر الفقهاء ورقاً يشابه ورق الكمبيالة اسمه (الجامكيَّة)[١] وهي عبارة عن ورقة تُصدر من بيت المال أو من ناظر الوقف لصالح رجل له حقٌّ ماليٌّ على بيت المال أو الوقف. وقد ذكره العلامة الحصكفيُّ في «الدُّر المختار» بقوله:

(وأفتى المصنف ـ أي صاحب «تنوير الأبصار» ـ ببطلان بيع الجامكية لما في «الأشباه»: بيع الدَّين إنما يجوز من المديون).

---

(١) هذه الكلمة معربَّة من (جامگی) وهي كلمة فارسية مأخوذة من (جامه) بمعنى الثَّوب، وكانت موضوعة في الأصل لأجرة تدفع إلى من يحفظ الثياب، ثم أطلقت على كل أجرة أو راتب (راجع: لغت نامة ده خدا: ١٦/ ٩٧) وفسَّره في المنجد بمرتب خدام الدَّولة من العسكرية والملكية، وذكر أن أصله تركيٌّ، وجمعه جوامك.

وقال ابن عابدين رحمه الله تحته:

(عبارة المصنف في فتاواه: سئل عن بيع الجامكية: وهو أن يكون لرجل جامكية في بيت المال ويحتاج إلى دراهم معجَّلة قبل أن تخرج الجامكية، فيقول له رجل: بعني جامكيتك التي قدرها كذا بكذا، أنقص من حقه في الجامكية، فيقول له: بعتك، فهل البيع المذكور صحيح أم لا، لكونه بيع الدَّين بنقد؟ أجاب: إذا باع الدَّين من غير من هو عليه كما ذكر لا يصحُّ.

قال مولانا في فوائده: وبيع الدَّين لا يجوز، ولو باعه من المديون أو وهبه)(١)

وجاء في «كشاف القناع» للبهوتي:

(ولا يصحُّ بيع العطاء قبل قبضه؛ لأن العطاء مغيب فيكون من بيع الغرر، وهو أن العطاء قسطه في الديوان، ولا يصح بيع رقعة به، أي: بالعطاء؛ لأن المقصود بيع العطاء، لا هي)(٢)

وهذا متفرِّع على أصل الحنفية والحنابلة، فإنهم لا يجوِّزون بيع الدَّين من غير المدين إطلاقاً، وعليه يخرج حكم بيع الكمبيالة عند الحنفية والمالكية: أنه لا يجوز أصلاً، ولو كان الثمن مساوياً لقيمة الكمبيالة؛ لأنه بيع الدَّين من غير من هو عليه، فلا يجوز كما لا يجوز بيع الجامكية.

أما المالكية، فقد تقدم أنهم يجوِّزون بيع الدَّين من غير المدين بشروط سبقت، ولذلك قياس قولهم جواز بيع الجامكيَّة، وقد صرَّح بذلك الحطَّاب رحمه الله حيث قال:

---

(١) رد المحتار: ٤/٥١٨، مطلب في بيع الجامكية.
(٢) كشاف القناع، للبهوتي: ٣/١٥٦.

(بخلاف الجامكيَّة، فإن الملك محصَّل فيها لمن حصل له شرط الواقف، فلا جرم صحَّ أخذ العِوَض بها وعنها)[١]

ولكن لا يخفى أن جواز هذا البيع مشروط بأن يكون بيعه بخلاف جنسه، وإن كان بجنسه فلا بد من التَّساوي، كما سبق التَّصريح بذلك في عبارة الدُّسوقي.

وعليه يخرّج حكم بيع الكمبيالة في مذهب المالكية، حيث يجوز بشرط أن يكون الثَّمن إما من غير النُّقود أو مساوياً لقيمة الكمبيالة.

أما الشَّافعية، فقد ذكر بعض المتأخِّرين منهم أنه يجوز لمستحقِّ الجامكيّة أن ينزل عنها في غيره ويطالبه بالعِوَض عن ذلك. قال الشبراملسي بعدما ذكر جواز النُّزول عن الوظائف:

(ومن ذلك الجوامك المقرر فيها، فيجوز لمن له شيء من ذلك وهو مستحق له بأن لا يكون له ما يقوم بكفايته من غير جهة بيت المال النزول عنه، ويصير الحال في تقرير من أسقط حقه له موكولاً إلى نظر من له ولاية التَّقرير فيه كالباشا، فيقرر من رأى المصلحة في تقريره من المفروغ له أو غيره)[٢]

ولكن ليس مقصود الشبراملسيّ إجازةُ بيع الكمبيالة، أو النُّزول عن راتب شهر معيَّن، وإنما مقصوده أنه لو كان لرجل عطاء في بيت المال يحصل عليه كل شهر، جاز له أن ينزل عنه في حق غيره للأبد، وأخذ عِوَض عن ذلك، ولكن المنزول له لا يستحقّ العطاء بمجرد نزول الأوّل، بل مفاد نزوله أنه تزول مزاحمته له في ذلك العطاء، ثم يصير الأمر موكولاً إلى من له ولاية التَّقرير، فإن رأى المصلحة جعل المنزول له في محلّ

(١) مواهب الجليل، للحطاب: ٤/ ٢٢٤، طبع ١٣٩٨هـ، في سياق تعريف البيع.
(٢) حاشية الشبراملسي على نهاية المحتاج: ٥/ ٤٧٨، آخر مبحث الجعالة.

النازل، فيستحق هو العطاء، وإن شاء عيّن غيره. وهذا هو حكم النزول عن الوظائف عند الشَّافعية. وعلى هذا، فما ذكره الشبراملسي خارج عن مسألتنا؛ لأنه ليس بيعاً لورقة الدَّين، ولا نزولاً عنها في حقٍّ من يحلّ محلّه في حق المطالبة.

وقياس قول الشَّافعية في مسألة بيع الدَّين أن لا يجوز بيع الجامكية أو الكمبيالة إلا بقبض العِوَضين في المجلس، ولو أخذنا بقول بعضهم الذين لا يشترطون هذا الشَّرط، فإنه يشترط عندهم أن يكون الثمن مساوياً لقيمة الكمبيالة، ولا يجوز بيعها بأقلّ من قيمتها، إلا إذا كان البدل من العروض.

أ ـ خلاصةُ حكمِ بيعِ الكمبيالةِ:

يتلخص مما ذكرنا أن بيع الكمبيالة لا يجوز على قول الحنفية والحنابلة أصلاً، حتى بثمن مساوٍ، وكذلك في مذهب الشَّافعية الذين يشترطون قبض البدلين في المجلس. وأمَّا الذين لا يشترطون ذلك فيجوز بيع الكمبيالة عندهم بشرط أن يكون الثمن مساوياً لمبلغ الكمبيالة، وهو مذهب المالكية أيضاً.

فتبين بهذا أن حسم الكمبيالة بمبلغ أقلّ من مبلغها لا يجوز عند أحد من المذاهب الفقهية المعتبرة، فإنه بيع لنقد حالّ بنقد مؤجل أقل منه وهو في معنى الرِّبا، وهو الذي انتهى إليه مجمع الفقه الإسلاميّ في دورته السَّابعة، ونص قراره:

(إن حسم (خصم) الأوراق الجارية غير جائز شرعاً؛ لأنه يؤول إلى ربا النَّسيئة المحرم)[1].

---

(١) قرار رقم: ٦٦/ ٢/ ٧، فقرة (٣)؛ مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد السابع: ٢/ ٢١٧.

ب ـ موقفُ بعضِ الإخوةِ الماليزيّين:

وقد أفتى بعض إخوتنا في ماليزيا بجواز بيع الدَّين، وتوصَّلوا بذلك إلى القول بجواز حسم الكمبيالة، وقد عقدت مؤسسة الأوراق الماليّة في ماليزيا حواراً لي معهم، فاجتمعت معهم في كوالالمبور حتى أعرف مستندهم في ذلك، فتبين لي أنهم اعتمدوا في ذلك على أدلة آتية:

١ ـ إنّهم فرَّقوا بين القرض وبين الدَّين الذي ينتُج عن بيع بضاعة، فقالوا: إن القرض لا يجوز بيعه أو شراؤه، وأما الدَّين الناشئ عن بيع مؤجَّل فإنه يستند إلى بضاعة تمّ بيعها، فوثيقة هذا الدَّين لا تمثل النُّقود البحتة، وإنما تمثّل النُّقود التي حلّت محلّ البضاعة المبيعة، فبيع هذه الوثيقة بيع للدَّين الذي قام مقام البضاعة، فكأنه بيع للبضاعة.

وإنَّ هذا الدَّليل ـ مع احترامي لهؤلاء الإخوة ـ لا يخفى وهنه:

أما أوَّلاً: فلأنَّ من النَّتائج اللازمة لعقد البيع انتقال ملك المبيع إلى المشتري، فلمّا تمَّ البيع بين الطَّرفين، انتقلت البضاعة إلى ملك المشتري، ولم يبق للبائع إلا مطالبة الثَّمن الذي ثبت في ذمة المشتري؛ وهو الدين الذي تمثله الكمبيالة، وبعد ثبوت هذه النُّقود في ذمة المشتري، لم يبق هناك أيّ فرق بين النقود المقترضة، وبين النُّقود التي ثبتت في ذمته بسبب الشِّراء، وإنَّ هذه النُّقود ليست قائمة مقام البضاعة بحيث يمكن عود البضاعة إلى محلِّها، وإنَّما هي عوض عن البضاعة المبيعة التي تمَّ بيعها بيعاً باتّاً لا رجعة فيه، فلا يمكن أن تجري عليها أحكام البضاعة، وإلا لصارت جميع النُّقود التي حصل عليها الإنسان ثمناً للبضاعة قائمة مقام البضاعة في جواز تداوله بالتَّفاضل، وهو محظور بالبداهة.

وثانياً: القول بأن الكمبيالة بيع للبضاعة التي يقوم الدَّين مقامها يستلزم أن يقع على البضاعة الواحدة بيعان لجهتين مختلفتين، فإن البضاعة تمّ بيعها إلى مصدر الكمبيالة وانتقل ملكها إليه، فكيف يبيع حامل الكمبيالة

هذه البضاعة نفسها إلى جهة أخرى؟ مع أن حامل الكمبيالة ليس مالكاً لها، ولا الجهة الأخرى تحصل على هذه البضاعة في مرحلة من مراحل العمليّة.

وثالثاً: إنَّ هذه الدليل معارض للنصِّ، وهو حديث عبد الله بن عمر ﵄ قال: كنت أبيع الإبل بالبقيع، فأبيع بالدَّنانير وآخذ الدَّراهم، وأبيع بالدَّراهم وآخذ الدَّنانير، آخذ هذه من هذه، وأعطي هذه من هذه، فأتيت رسول الله ﷺ وهو في بيت حفصة، فقلت: يا رسول الله! رويدك أسألك، إني أبيع الإبل بالبقيع فأبيع بالدَّنانير وآخذ الدَّراهم، وأبيع بالدَّراهم وآخذ الدَّنانير، آخذ هذه من هذه، وأعطي هذه من هذه، فقال رسول الله ﷺ: «**لا بأس أن تأخذها بسعر يومها ما لم تفترقا وبينكما شيء**»[(١)]

دلّ هذا الحديث على أنه إذا وقع البيع على نقد من النُّقود، ثم أراد المتبايعان أن يحوِّلوه إلى نقد آخر، فإنَّ ذلك إنما يجوز بشرطين:

الأول: أن يكون على سعر يوم الأداء.

والثاني: أن يتمَّ الأداء في المجلس ولا يبقى في ذمة المشتري شيء.

ولا يخفى أن المبيع في هذه العمليّة إبل، وثبت ثمنها بالدَّراهم مثلاً في ذمة المشتري، فكأنها أصبحت ديناً في ذمته، وإنه يريد أن يستبدلها بالدَّنانير، فاشترط رسول الله ﷺ لذلك أن يقع الاستبدال بسعر يوم الأداء، وبأن لا يبقى شيء من الثَّمن في ذمة المشتري. وإنما اشترط هذين الشَّرطين؛ لأنه ﷺ جعل هذا الاستبدال صرفاً، فاشترط فيه ما يشترط لجواز الصَّرف، مع أن أصل البيع كان للإبل. ولو كان ثمن البضاعة يقوم

---

(١) سنن أبي داود، كتاب البيوع: ٣/ ٢٥، رقم: (٣٣٥٤)، وهذا لفظه؛ وأخرجه الترمذي في البيوع، باب ما جاء في الصرف، رقم: (١٢٤٢)؛ والنسائي: ٧/ ٢٧١، باب بيع الفضة بالذهب وبيع الذهب بالفضة؛ وابن ماجه، باب اقتضاء الذهب من الورق، رقم: (٢٢٦٢)، ورجاله ثقات.

مقام البضاعة كما قاله هؤلاء الإخوة؛ لكان هذا الاستبدال شراء للبضاعة نفسها، ولم يشترط لجوازه ما يشترط للصَّرف.

ولينظر أنّ هذه العمليّة وقعت بين البائع والمشتري، ولم يتخلَّلها ثالث، وكان من السَّهل أن يقال: إنهما فسخا البيع السابق، وعقداه من جديد على أساس الدَّنانير، ولذلك لا يشترط فيه سعر يوم الأداء، ولا التَّقابض، ولكن رسول الله ﷺ جعله صرفاً ليحترز من كل شُبهة للرِّبا، وكذلك كان هذا بيعاً للدين ممَّن هو عليه، ومع ذلك اشترط رسول الله ﷺ تساوي البدلين في السِّعر، فيشترط هذا الشرط من باب أولى في بيع الدَّين من غير من هو عليه، لأنَّ تخلُّل الثالث أبعد كل احتمال للاستبدال أو فسخ البيع السَّابق وعقده من جديد.

٢ ـ إن بعض هؤلاء الإخوة استدلُّوا بما روي عن المالكية وعن بعض الشَّافعية: أنهم أجازوا بيع الدَّين من غير من هو عليه، وتمسكوا بلفظ (بيع الدَّين)، وقالوا: متى جاز بيع الدَّين، فإنّ البيع يقتضي أن يجوز بكل ما اتفق عليه العاقدان من ثمن، فيجوز بيع الدَّين بأقلّ من مبلغ الدَّين إذا تراضى عليه الطرفان.

وهذا الدليل أضعف من الأول؛ لأنه حينما يقال بجواز بيع شيء فإنَّ الجواز يخضع لجميع الشُّروط اللازمة في مثل ذلك البيع، فمثلاً: إذا قلنا: يجوز بيع الذَّهب، فليس معناه أنه يجوز بذهب أقلّ أو أكثر، وإنّما المراد أنه يجوز هذا البيع بجميع شروطه المعتبرة، ومنها أنه إذا بيع بجنسه فلا يجوز فيه التفاضل. وكذلك حينما ذكر هؤلاء الفقهاء جواز بيع الدَّين فإنما قالوا بجوازه بجميع الشروط؛ فإنه لا يجوز التفاضل.

وقد صرَّح بذلك العلماء المالكية كما سبق في تنقيح مذهبهم.

أمّا الشّافعية، فإنهم تصوروا بيع الدَّين بغير جنسه، فإنهم مثّلوه بشراء العبد بالدراهم في ذمة المديون؛ ولذلك لم يذكروا شرط التّساوي، فإن

هذا الشرط من البديهيّات إذا كان الدَّين من الأموال الربوية، ووقع بيعه بجنسه. وقد ذكروا في مسألة الاستبدال (وهو بيع الدَّين ممَّن هو عليه) أنه إذا وقع الاستبدال في الأموال الربوية، اشترط قبض البدل في المجلس[١]، فظهر أنهم اشترطوا في الأموال الربوية جميع الشروط اللازمة لجواز البيع فيها.

٣ ـ وربما استدل بعضهم بما ذهب إليه العلماء من جواز (ضع وتعجَّل) استدلالاً بقصة بني النَّضير حينما أُجلوا من المدينة المنورة وكانت لهم ديون على أهل المدينة، فروي عن رسول الله ﷺ: أنه قال لهم: «**ضعوا وتعجّلوا**» فحطوا من ديونهم، وتعجّلوها من المديونين[٢]

والواقع أن جمهور فقهاء الأمة ذهبوا إلى منع (ضع وتعجَّل) وهو مذهب عبد الله بن عمر، وزيد بن ثابت، ومحمد بن سيرين، والحسن البصري، وابن المسيب، والحكم بن عتيبة، والشعبي، والأئمة الأربعة[٣]، وضعّفوا حديث بني النَّضير. نعم روي عن عبد الله بن عباس وإبراهيم النخعي وزفر بن الهذيل وأبي ثور جوازه، وإليه ذهب العلامة ابن تيمية وتلميذه العلامة ابن قيّم الجوزية رحمهم الله[٤]. ولكن الذين ذهبوا إلى جوازه، إنّما جوَّزوه إذا كان ذلك فيما بين الدَّائن والمدين، ولم يجوزه أحد منهم إذا تخلَّل ثالث في العمليَّة، فلا يقاس حسم الكمبيالة على مسألة

---

(١) المجموع شرح المهذب: ٩/ ٢٩٩.

(٢) راجع: السنن الكبرى، للبيهقي: ٦/ ٢٨، كتاب البيوع، وقد بسطت الكلام على هذا الحديث وعلى أدلة مذاهب الفقهاء في المسألة في كتابي: بحوث في قضايا فقهية معاصرة، بحث البيع بالتقسيط، ج١.

(٣) راجع: موطأ مالك: ١/ ٦٠٦؛ ومصنف عبد الرزاق: ٨/ ٧١ ـ ٧٤، وموطأ الإمام محمد: ١/ ٣٣٢؛ والمغني، لابن قدامة: ٤/ ١٧٤ ـ ١٧٥

(٤) كنز العمال: ٢/ ٢٣٥؛ وإعلام الموقعين: ٣/ ٣٧١.

(ضع وتعجَّل)؛ لأنَّ الدَّائن مالك للدَّين، فله أن يضع من الدَّين ما شاء. أمّا من يشتري الدَّين بنقد، فإنه يشتري النُّقود الواجبة في ذمة المديون، فهو في حكم بيع النقود بالنقود، ولا يجوز فيه التفاضل.

وإنّ هذه المسألة صدر فيها قرار من مجمع الفقه الإسلاميّ في دورته السابعة، ونصه:

(الحطيطة من الدَّين المؤجَّل، لأجل تعجيله، سواء أكانت بطلب الدَّائن أو المدين (ضع وتعجَّل) جائزة شرعاً، لا تدخل في الرِّبا المحرم إذا لم تكن بناء على اتفاق مسبق، وما دامت العلاقة بين الدائن والمدين ثنائية، فإذا دخل بينهما طرف ثالث لم تجز؛ لأنها تأخذ عندئذ حكم الأوراق التِّجارية)[(١)].

ج ـ حكمُ الكمبيالةِ على أساسِ الحوالةِ:

ثم إن ما ذكرناه من حكم الكمبيالة مبنيٌّ على أساس كونه بيعاً للدَّين، والذي يظهر لي أن حسم الكمبيالة ليس بيعاً في الحقيقة، وإنما هو إقراض وحوالة؛ فالذي يحسم الكمبيالة يقرض إلى حاملها مبلغاً، ثمّ يحيل الحامل المقترض إيّاه على مصدر الكمبيالة. والدَّليل على ذلك: أن في قوانين معظم البلاد لا يتحمل الحاسم خطر عدم التَّسديد، بل يحقُّ له أن يرجع على حامل الكمبيالة إذا لم يقع التَّسديد من مصدر الكمبيالة، وهذا شأن الحوالة (على مذهب الحنفية).

وعلى هذا، فما يعطيه حاسم الكمبيالة قرض أقرضه إلى حاملها بشرط أن يحيله على مديونه بمبلغ أكثر منه، وهو ربا صُراح؛ لأن الحوالة من

---

(١) قرار رقم: ٦٦/ ٢/ ٧، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد السابع: ٢/ ٢١٧، فقرة: (٤).

شرط صحتها تساوي الدَّينين، وقد تحقق هنا بين مبلغ القرض والمبلغ المستوفى فيما بعد زيادة في مقابل الأجل، وهو من ربا النَّسيئة.

ثالثاً: البدائلُ الممكنةُ لبيعِ الدَّينِ:

تبيَّن بما تقدَّم أن الأوراق الماليَّة التي تمثل ديوناً في ذمة مصدرها؛ مثل: السَّندات والكمبيالات، لا يجوز تداولها إلا بمبلغ مساوٍ لقيمتها الاسمية. ثم هذا التَّداول بقيمتها الاسمية يمكن أن يكون على طريق البيع عند المالكية وبعض الشَّافعية بشروط مرَّ ذكرها، ولا يجوز على طريق البيع عند الحنفية والحنابلة، ولكن يجوز بطريق الحوالة عند الجميع، ومعنى ذلك أن حامل السَّند أو الكمبيالة يقترض من طرف ثالث مبلغاً يساوي مبلغ السند أو الكمبيالة، ثم يحيل هذا الطرف الثالث إلى مصدر السَّند أو الكمبيالة، فتجري على هذا التَّداول أحكام الحوالة.

ولا يخفى أن تداول هذه الأوراق بمبلغ مساوٍ لقيمتها الاسمية يؤدي الغرض المطلوب من السُّوق الثانوية؛ فهل هناك من طريق يمكن به إنشاء سوق ثانوية للأوراق المالية على الوجه المقبول شرعاً؟ وبعبارة أخرى: هل هناك من بديل لتداول السَّندات والكمبيالات على الوجه المقبول شرعاً؟ والجواب: نعم، وفيما يلي نذكر هذه البدائل باختصار، والله سبحانه هو الموفق للصَّواب.

١ - بديلُ حسمِ الكمبيالات:

أمّا حسم الكمبيالات، فيمكن تحصيل غرضه بطرق ثلاثة:

أ - إن حسم الكمبيالات يحتاج إليه تاجر يبيع بضاعة مؤجَّلاً، فيريد أن يحصل على مبلغ الثَّمن (أو ما يقاربه) معجَّلاً قبل حلول الأجل، ليمكن له الوفاء بالتزاماته تجاه التُّجَّار الذين اشترى منهم البضاعة المصدَّرة، أو الصنَّاع الذين صنعوها له، وأكثر ما يحتاج إليه التُّجار في تصدير بضاعاتهم

إلى خارج البلد عن طريق اعتماد مستنديّ، فيذهبون بالكمبيالات إلى بنك ليحسمه ويؤدي إليهم مبلغ الكمبيالة ناقصاً منه نسبة الحسم.

والطريق المشروع للحصول على هذا الغرض بالوجه الذي لا غبار عليه من الناحية الشَّرعية أن يعقد التُّجار المشاركة مع البنك قبل تصديرهم للبضاعة، وبما أن عندهم طلباً معيَّناً من خارج البلاد، والسِّعر معلوم متفق عليه بين الفريقين والتَّكلفة معلومة، فلا يصعب على البنك الدُّخول في المشاركة في هذه العمليّة بخصوصها؛ لأنَّ الربح المتوقَّع من العمليَّة شبه متيقَّن، فيمكن للبنك أن يعطي العميل المبلغ المطلوب على أساس المشاركة، ويتقاضى نسبة من الربح الحاصل من العمليّة، فيحصل العميل على السِّيولة ويتمكن بها الوفاء بالتزاماته التي يتحملها لإعداد البضاعة المصدّرة، ويحصل للبنك الربح بنسبة معلومة.

ب ـ **الطريق الثاني**: أن يبيع البنك إلى حامل الكمبيالة بضاعة حقيقية مقابل الكمبيالة على مذهب المالكية وبعض الشَّافعية، أو مقابل ثمن يساوي مبلغ الكمبيالة، ثم يقبل حوالته على مصدر الكمبيالة، وبما أنّ مقابل الكمبيالة بضاعة، فلا بأس أن يبيعه البنك بسعر أعلى من سعر السُّوق، وبهذا يحصل على ربح.

ج ـ **الطَّريق الثالث**: أن تكون هناك معاملتان مستقلَّتان بين البنك وبين حامل الكمبيالة:

المعاملة الأولى: أن يوكل حامل الكمبيالة البنك بتحصيل مبلغه من مصدر الكمبيالة عند نضجها، ويعطيه أجراً معلوماً مقابل هذه الخدمة.

والمعاملة الثانية: أن البنك يُقرض العميل مبلغ الكمبيالة ناقصاً منه أجرة الوكالة قرضاً بدون فائدة.

مثاله: إن زيداً يحمل كمبيالة مبلغها مئة ألف ربية، فيوكل زيد البنك بتحصيل هذا المبلغ من مصدر الكمبيالة بأجر ألف ربية، ثم يقرض البنك

زيداً بعقد مستقل مبلغ تسعة وتسعين ألف ربية. وحينما يحصل البنك على مئة ألف من مصدر الكمبيالة فإنه تقع المقاصَّة، فيمسك منها تسعة وتسعين استرداداً لمبلغ قرضه، ويمسك ألفاً كأجرة له على تحصيل المبلغ.

وإن هذا الطَّريق يشترط لجوازه أمور:

الأول: أن يكون كل واحد من العقدين منفصلاً عن الآخر، فلا تشترط الوكالة في القرض، ولا القرض في الوكالة.

الثاني: أن لا تكون أجرة الوكالة مرتبطة بمدة نضج الكمبيالة، بحيث تكون الأجرة زائدة إن كانت المدة طويلة وتكون أقل إن كانت قصيرة.

الثالث: أن لا يزاد في أجرة الوكالة بسبب القرض الذي أقرضه البنك فإنه يكون حينئذ قرضاً جرَّ منفعة.

٢ ـ بديلُ سنداتٍ تصدرُها الشَّركاتُ:

أما السَّندات التي تصدرها الشَّركات التِّجارية للحصول على القروض من الجمهور للزيادة في طاقتها الماليّة، فإن بديل هذه السَّندات صكوك يمكن أن تصدرها الشَّركة على أساس المشاركة أو المضاربة، بحيث يكون حملة الصكوك يشاركون الشركة في نشاطها التِّجاري، وتوزع عليهم نسبة من الأرباح المكتسبة من خلال هذا النشاط.

وبما أن هذه الصُّكوك تمثّل ملكية شائعة في موجودات الشركة (وينبغي أن تكون هذه الموجودات في صورة الأعيان بنسبة (٥١٪) على الأقل على ما أفتى به مجمع الفقه الإسلامي) فإنّه يجوز تداول هذه الصكوك في السُّوق الثانوية بأيِّ سعر يتفق عليه البائع والمشتري؛ لأن الممنوع الاتِّجار في الأوراق التي لا تمثِّل إلا النُّقود والديون القابلة للتحصيل، أمّا إذا كانت الأوراق تمثِّل حصة شائعة من الأعيان، كالأسهم، فإنَّه يجوز فيه المتاجرة، ويتعيَّن سعرها على أساس العرض والطلب، شأن سائر البضائع.

وقد سبق أن درس مجمع الفقه الإسلاميِّ هذا الموضوع في دورته الرَّابعة، وأصدر فيه قراراً مبسوطاً ذكر فيه الضوابط التي تحكم هذه الصُّكوك[1]، وقد تحدثتُ عن مسائلها في بحث قُدِّم في هذه الدورة[2]، فلا حاجة إلى تفصيل هذه المسائل والضَّوابط في هذا البحث.

٣ ـ بديلُ سنداتِ تصدرُها الحكومةُ:

أما سندات القروض التي تُصدرها الحكومة لتمويل عجز ميزانيتها فيمكن الاستعاضة عنها بالصُّكوك الشَّرعيَّة، ولكن لا يمكن في الطُّرق الشَّرعية لتمويل هذا العجز أن تحصل الحكومة على قروض تصرفها كيفما شاءت، وإنما يجب في أدوات التمويل الشرعية أن يكون التمويل مرتبطاً بمشاريع معيّنة، وتكون هذه الأدوات متنوعة حسب طبيعة المشروع الذي يراد تمويله. وعلى هذا، فيمكن أن تختار إحدى الطُّرق الآتية في مجالات مختلفة تحتاج إلى تمويل:

أ ـ صكوكُ المشاركةِ أو المضاربةِ:

إن كثيراً من الحكومات تكون لديها مشاريع تجاريَّة تدرُّ ربحاً، مثل: توزيع الماء والكهرباء، وخدمات الهاتف والبريد، أو خدمات المواصلات من القطار والشَّحن والخطوط الجوِّيَّة، فإن احتاجت هذه المشاريع إلى تمويل، فإن ذلك يمكن عن طريق إصدار صكوك المشاركة أو المضاربة، فكل مؤسسة من هذه المؤسسات يمكن لها أن تعرض هذه الصُّكوك على الجمهور، وكلُّ من يحصل على هذا الصكِّ بدفع مبلغ من المال، فإنه يشارك المؤسسة في نشاطها التجاريِّ، ويستحق الربح بنسبة شائعة، وبما

---

(١) قرار، رقم (٥) من الدورة الرابعة، سنة ١٤٠٨هـ، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الرابع: ٣/ ٢١٦١.

(٢) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الرابع: ٣/ ٧١٥١؛ بحوث في قضايا فقهية معاصرة: ١/ ٢١٥ ـ ٢٣٠.

أنَّ هذه الصُّكوك تمثِّل حصة شائعة في موجودات المؤسسة، فإنّها يجوز تداولها في السّوق الثانوية، ويتعين سعرها حسب العرض والطلب، شأن أسهم الشَّركات المساهمة.

ب ـ صكوكُ التَّأجيرِ:

قد تحتاج الحكومة إلى بناء مشاريع يمكن تأجيرها، ويمكن تمويل هذه المشاريع عن طريق إصدار صكوك التَّأجير؛ مثلاً: تريد الحكومة أن تبني جسراً، وإنه يمكن أن تتقاضى رسوماً ممن يستخدم هذا الجسر، ويمكن أيضاً أن يؤجر هذا الجسر إلى جهة تجاريَّة، وإن الجهة تتقاضى الرُّسوم ممن يستخدمه؛ فيمكن أن تُصدر الحكومة صكوكاً تحصل عليها العامة بدفع مبالغ معلومة، فيشتركون في ملكية هذا الجسر بنسب شائعة، ويستحقون بذلك حصَّة من الأجرة أو الرُّسوم التي تُحصَّل من الجهة المستأجرة أو من المستخدمين للجسر.

ويمكن في النهاية أن يباع هذا الجسر إلى الحكومة أو إلى جهة أخرى، ويقسم الثَّمن على حملة الصُّكوك بنسبة مساهماتهم.

وبما أن هذه الصُّكوك تمثِّل حصة شائعة من ملكية الجسر، فإنه يجوز تداولها في السُّوق الثَّانوية حسب العرض والطلب.

ج ـ صندوقُ تمويلِ الحكومةِ:

قد تكون لدى الحكومة مشاريع لا تدرُّ ربحاً، أو تدرُّ ربحاً بسيطاً لا يكفي لتشويق الناس إلى المساهمة فيه؛ مثل: دعم القوَّات المسلَّحة، وإنشاء المعاهد الدِّراسيَّة، أو المستشفيات العامَّة، أو إنشاء المباني التي لا تدرُّ ربحاً. وإن تمويل هذه المشاريع لا يمكن على أساس المشاركة أو المضاربة.

ويمكن تمويل هذه المشاريع بإنشاء صندوق خاص لتمويل الحكومة، وإنّ هذا الصُّندوق يتكوَّن بمساهمات عامَّة الناس، ويصدر لهم صكوكاً

تشهد بمساهمتهم فيه، ثمَّ إنَّ الصندوق يموِّل مثل هذه المشاريع الحكوميّة على أساس المرابحة، أو التأجير، أو الاستصناع، حسب طبيعة المشروع؛ فمثلاً: إذا احتاجت الحكومة إلى شراء أسلحة، فإنَّ هذا الصندوق يشتريها من المصدِّرين، ويبيعها إلى الحكومة مرابحة مؤجَّلة، وإن احتاجت الحكومة إلى ماكينة أو معدات أخرى، فإن هذا الصُّندوق يشتريها ثم يؤجرها إلى الحكومة إما إجارة عادية، أو إجارة منتهية بالتمليك.

وإن احتاجت الحكومة إلى بناء عمارة، فإن الحكومة تعقد الاستصناع مع هذا الصُّندوق، وإنَّ الصُّندوق يبني العمارة عن طريق مقاول من الباطن، ويسلِّمها إلى الحكومة، وتدفع الحكومة الثَّمن إلى الصُّندوق في أقساط معلومة، ويراعى في تعيين ثمن الاستصناع أن يحصل الصُّندوق على ربح مناسب، وإن الربح الذي يتكون من خلال هذه العمليات المختلفة، يوزَّع على حملة صكوك الصُّندوق.

ومما ينبغي أن يراعى في عمليات هذا الصندوق أن لا تزيد نسبة عمليات المرابحة على (٤٩٪) من مجموع العمليَّات، حتى يكون معظم ممتلكات الصندوق أعياناً، وحينئذ تكون صكوك هذا الصُّندوق تمثِّل حصة شائعة في وعاءٍ معظمُ موجوداته أعيان، فيجوز تداولها في السُّوق الثَّانوية، ويتعين سعرها حسب العرض والطلب.

د ـ سنداتُ القروضِ بدونِ فائدةٍ:

الطرق الثلاث المذكورة فيما سبق تستطيع أن تلبِّي أكثر الحاجات التي من أجلها تحتاج الحكومة إلى التَّمويل من مواطنيها، وبما أن هذه الطرق للتمويل مرتبطة بمشاريع معيّنة، فإنها تضمن أن تُستخدم الأموال المحصلة في مشاريع حقيقية يرجع نفعها إلى المجتمع. أما القروض التي لا ترتبط بمشاريع معينة فإنَّها مظنَّة أن تصرف في سرف وترف، ولئن بقيت بعد استنفاد هذه الطرق بعض المجالات الحقيقية التي لا يمكن للحكومة أن

تختار فيها إحدى الطُّرق الثلاث، فيمكن أن تطلب من مواطنيها قروضاً بلا فائدة.

ولئن عَلِمَ عامة الناس أن الحكومة قد بذلت كلَّ ما في وسعها من الطرق المشروعة للحصول على التَّمويل، وأنها في حاجة حقيقية لزيادة من التمويل لأغراض يرجع نفعها إلى المجتمع، وليس لمجرد التَّرف والتَّنعم، فإنهم يستعدُّون لإقراض الحكومة بدون فائدة، ولاسيّما إذا أحدثت الحكومة جوّاً دينيّاً عن طريق التَّعليم والإعلام. إن هؤلاء المقرضين يعطَون سنداً لقروضهم، وإنَّ هذه السَّندات لا يجوز بيعها في السُّوق بثمن أكثر أو أقلَّ لما قدمنا من منع بيع الدَّين بالتَّفاضل، ولكن يمكن أن تسيَّل هذه السندات بمثل قيمتها على أساس الحوالة.

ويمكن للحكومة أن تعفي حملة هذه السندات من بعض الضرائب أو تخفِّض نسبتها لهم، والظَّاهر أن ذلك لا يكون من قبيل القرض الذي جرّ نفعاً؛ وذلك لأن القرض إنما يدخل في القرض الربويّ إذا تضمَّن إعطاء زيادة على رأس المال، أو إعفاء المقرض من دين كان يجب عليه. أما الضَّرائب فإنها ليست من قبيل الديون الواجبة على المواطنين، وإنما يجوز للحكومة معايير مختلفة في فرضها على بعض المواطنين دون بعض، وتعيين نسب مختلفة لأصناف مختلفة منهم.

ولما تقدم هؤلاء المقرضون بقروض وفَّت بعض حاجات الحكومة، فللحكومة أن تعفيهم عن بعض الضَّرائب أو تخفِّض عنهم بعضها؛ لأنهم أدُّوا بعض دورهم في سدِّ حاجات الحكومة، فلا يطالب منهم قدر ما يطالب من الآخرين الذين لم يؤدُّوا هذا الدور إطلاقاً.

والله ﷻ أعلم، وله الحمد أولاً وآخراً.

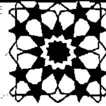


(١٥)

أحكامُ التَّورُّقِ وتطبيقاته المصرفيَّةِ

بحثٌ عُرضَ على المجمعِ الفقهيِّ لرابطةِ العالمِ الإسلاميِّ بمكةَ المكرمةِ في دورته السَّابعةَ عشرة، المنعقدة في (شوال سنة ١٤٢٤هـ، الموافق يناير ٢٠٠٣م).

* * *



١٥

أحكامُ التَّورُّقِ وتطبيقاته المصرفيَّةِ

● **مقدمة:**

الحمدُ لله ربِّ العالمين، والصَّلاة والسَّلام على سيدنا ومولانا محمد خاتم النبيِّين وأشرف المرسلين، وعلى آله وأصحابه أجمعين، وعلى كل من تبعهم بإحسان إلى يوم الدِّين.

أمّا بعد: فإنَّ هذه عُجالة أردتُ فيها أن أجمع أحكام التورُّق وصوره العملية التي تطبّق أو يقترح تطبيقها في المؤسسات المالية الإسلامية.

وأسأل الله ﷻ أن يوفقني للسَّداد والصَّواب، ويعصمني من الزَّلل والخطل، وإنه جل ذكره هو الموفق والمعين.

أولاً: معنى التَّورُّق في اللُّغة والاصطلاح:

التورُّق مأخوذ من الوَرِق ـ بفتح الواو وكسر الراء ـ وهي الدَّراهم المضروبة، وكذلك الرِّقَةُ (بكسر الراء وتخفيف القاف) وقال أبو عبيدة: الورق الفضة، كانت مضروبة كدراهم أو لا[١].

ولا يوجد في اللغة كلمة التَّورُّق، والأفعال المشتقة من الورِق التي ذكرها أهل اللغة تنحصر في الإيراق والاستيراق، فيقال: أورق الرَّجل إذا كثر ماله، ويقال: المستورق للذي يطلب الرزق. ولعلَّ الفقهاء وضعوا اصطلاح التَّورق لمن يتكلَّف الحصول على الورِق.

---

(١) لسان العرب، لابن منظور: ١٠/ ٣٧٥، طبع قم ـ إيران، ١٤٠٥هـ.

والتورُّق في اصطلاح الفقهاء: أن يشتري المرء سلعة نسيئة، ثم يبيعها نقداً لغير البائع بأقل مما اشتراها به؛ ليحصل بذلك على النَّقد[١]

ولم ترد التَّسمية بهذا المصطلح إلا عند فقهاء الحنابلة، يقول الإمام شمس الدِّين ابن مفلح رحمه الله:

(ولو احتاج إلى نقد فاشترى ما يساوي مئة بمئتين فلا بأس، نص عليه وهي التورُّق)[٢]

وقد ذكر العلامة ابن قيم الجوزية رحمه الله قولاً عن عمر بن عبد العزيز رحمه الله:

(التورُّق آخية الرِّبا)[٣].

فإن ثبت هذا القول من عمر بن عبد العزيز رحمه الله بهذا اللفظ ـ فإني لم أجده في كتب الأحاديث المسندة ـ فإنه يدل على أن الكلمة مستعملة في هذا المعنى منذ القرن الأول.

ومن الغريب أن أهل اللغة، حتى الذين ألّفوا في مصطلحات الفقهاء؛ مثل: الفيّومي، والمطرزي وغيرهما، لم يذكروا هذه الكلمة، وإنما ذكر الفيّومي رحمه الله صورة التورُّق وسمَّاها عينة[٤]، وعلى هذا جرى جمهور الفقهاء غير الحنابلة، فذكروه كصورة من صُوَر العينة، كما سيأتي إن شاء الله تعالى.

والفرق بين العينة والتورُّق ـ على اصطلاح الحنابلة ـ: **أن العينة**: أن يبيع سلعة نسيئة، ثم يشتريها البائع نفسه بثمن حال أقل منه. **أما التورُّق**:

---

(١) الموسوعة الفقهية الكويتية: ١٤/ ١٤٧.

(٢) الفروع، لابن مفلح: ٤/ ١٧١.

(٣) تهذيب السنن، لأبي داود: ٥/ ١٠٨. **والآخية**: العروة في طرف الحبل تربط به الدابة، يعني أن التورق يجر إلى الربا.

(٤) المصباح المنير، للفيّومي: ٢/ ٤٤١.

فالمشتري فيه ليس البائع نفسه، وإنما يبيع فيه المشتري الأول السِّلعة إلى طرف ثالث لا علاقة له بالبائع الأول. فالعينة ترجع فيها السِّلعة إلى البائع الأول، والتورُّق ليس فيه رجوع السِّلعة إلى البائع الأول، وإنما هو تصرف المشتري فيما ملكه ببيعه في السُّوق بثمن حال ليحصل على نقد.

غير أن الذين ذكروه في جملة صور العينة، إنّما نظروا إلى أنه يشارك العينة في أمور:

الأول: أن البائع الأول يبيع السِّلعة في كليهما نسيئة بأكثر من الثَّمن الحالِّ في السُّوق.

والثَّاني: أن مقصود المشتري فيهما هو الحصول على نقد.

والثَّالث: أن كلّاً منهما اتخذ حيلة أو مخرجاً لتفادي الوقوع في الإقراض الرِّبويِّ.

ثانياً: حكمُ التورُّق عندَ الفقهاء:

١ ـ مذهب الحنابلة:

أما حكم التَّورُّق عند فقهاء الحنابلة، فالذي يظهر من مراجعة كتبهم أنه وإن كان هناك قولان للإمام أحمد، أحدهما الكراهة، ولكن المختار عندهم جوازه. فذكر ابن مفلح القولين؛ حيث قال:

(ولو احتاج إلى نقد فاشترى ما يساوي مئة بمئتين فلا بأس، نصّ عليه، وهي التورُّق. وعنه: يكره، وحرمه شيخنا)[1]

وكذلك قال شيخ الإسلام ابن تيمية رَحِمَهُ ٱللَّهُ:

(ولو كان مقصود المشتري الدِّرهم، وابتاع السِّلعة إلى أجل ليبيعها ويأخذ ثمنها، فهذا يسمى التورُّق، ففي كراهته عن أحمد روايتان)[2].

---

(١) الفروع، لابن مفلح: ٤/ ١٧١.

(٢) فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية: ٢٩/ ٣٠.

لكن قال المرداوي رحمه الله:

(لو احتاج إلى نقد، فاشترى ما يساوي مئة بمئة وخمسين فلا بأس. نصَّ عليه، وهو المذهب، وعليه الأصحاب، وهي مسألة التورُّق)[1].

فذكر المرداويُّ رحمه الله أن المذهب جوازه، وعليه معظم أصحاب الحنابلة، ولذا قال البهوتي رحمه الله:

(ومن احتاج لنقد، فاشترى ما يساوي ألفاً بأكثر ليتوسع بثمنه فلا بأس نصّاً)[2]

وقال في «الكشاف»:

(ولو احتاج إنسان إلى نقد، فاشترى ما يساوي مئة بمئة وخمسين فلا بأس بذلك، نصَّ عليه، وهي ـ أي هذه المسألة ـ تسمَّى مسألة التورُّق)[3]

ولم يذكر البهوتي خلافاً لأن الجواز هو المعتمد في المذهب، وهو الذي يظهر من كلام ابن قدامة رحمه الله، فإنه وإن لم يذكر مسألة التورُّق صراحة، ولكن أشار إليها في أثناء كلامه على العينة، فذكر أن العينة الممنوعة هي أن يشتري البائع نفسه السِّلعة التي باعها نسيئة، ثم قال:

(وفي كل موضع قلنا: لا يجوز له أن يشتري، لا يجوز ذلك لوكيله؛ لأنه قائم مقامه، ويجوز لغيره من الناس، سواء كان أباه أو ابنه أو غيرهما؛ لأنه غير البائع اشترى بنسيئة. أشبه الأجنبيّ)[4]

وهذا يدلُّ على أنه إن كان المشتري الثاني أجنبيّاً عن البائع الأول، فهو جائز، والمفروض في مسألة التورُّق ذلك.

فالظاهر أن المذهب المختار عند الحنابلة الجواز، ولكن مال العلامة

---

(١) الإنصاف، للمرداوي: ٤/ ٣٣٧، دار التراث العربي، ١٤٠٠هـ.

(٢) شرح منتهى الإرادات: ٢/ ١٥٨، طبع دار الفكر.

(٣) كشاف القناع: ٣/ ١٧٥، مطبعة الحكومة بمكة، ١٣٩٤هـ.

(٤) المغني، لابن قدامة: ٤/ ٤٦، دار الكتب العلمية ببيروت.

ابن تيمية وتلميذه العلامة ابن قيم الجوزية رحمهما الله إلى المنع، فقال ابن تيمية رَحِمَهُ ٱللَّهُ، وهو يتحدث عن الأنواع المختلفة للشراء:

(والثالث: أن لا يكون مقصوده لا هذا ولا هذا، (يعني: ليس مقصود المشتري الانتفاع بالسِّلعة، ولا الاتِّجار فيها) بل مقصوده دراهم لحاجته إليها، وقد تعذَّر عليه أن يستسلف قرضاً، أو سلماً، فيشتري سلعة ليبيعها ويأخذ ثمنها، فهذا هو التورُّق، وهو مكروه في أظهر قولي العلماء. وهذا إحدى الروايتين عن أحمد)[1].

وقال العلامة ابن القيِّم رَحِمَهُ ٱللَّهُ:

(فإن قيل: فما تقولون إذا لم تعد السلعة إليه، بل رجعت إلى ثالث؟ هل تسمّون ذلك عينة؟ قيل: هذه مسألة التورُّق؛ لأن المقصود منها الورق، وقد نصَّ أحمد في رواية أبي داود على أنها من العِينة، وأطلق عليها اسمها. وقد اختلف السَّلف في كراهيتها، فكان عمر بن عبد العزيز يكرهها، وكان يقول: (التورُّق آخية الرِّبا) ورخص فيها إياس بن معاوية. وعن أحمد فيها روايتان منصوصتان، وعلل الكراهة في إحداهما بأنه بيع مضطر.

وقد روى أبو داود: عن عليّ: «**أن النبي ﷺ نهى عن بيع المضطرّ**»... فأحمد رَحِمَهُ ٱللَّهُ أشار إلى أن العينة إنما تقع من رجل مضطرٍّ إلى نقد؛ لأن الموسر يضنُّ عليه بالقرض فيضطر إلى أن يشتري منه سلعة ثم يبيعها، فإن اشتراها منه بائعها كانت عينة، وإن باعها من غيره فهي التورق، ومقصوده في الموضعين: الثَّمن. فقد حصل في ذمته ثمن مؤجَّل مقابل لثمن حالٍّ أنقص منه، ولا معنى للربا إلا هذا، لكنه ربا بسلم، لم يحصل له مقصوده إلا بمشقة، ولو لم يقصده كان رباً بسهولة)[2]

---

(١) فتاوى ابن تيمية: ٢٩/ ٤٤٢.

(٢) تهذيب السنّن، لابن القيم: ٥/١٠٨ ـ ١٠٩، طبع المكتبة الأثرية ـ باكستان.

٢ ـ مذهبُ الشَّافعيَّةِ:

أما الإمام الشَّافعيُّ رحمه الله فقد صرَّح بجواز ما يسمَّى عينةً عند الجمهور، وهو أن يشتري البائع نفسه السِّلعة من المشتري بثمن أقلَّ، وقد أيَّد جواز العِينة الصَّريحة بقوَّة في كتابه «الأمّ» ثم قال:

(وإذا كانت هذه السّلعة لي كسائر مالي، لم لا أبيع ملكي بما شئت وشاء المشتري؟)[١].

وقد أطال الإمام الشَّافعيُّ رحمه الله في التدليل على جواز العينة ولم يذكر فيه أية كراهة[٢]. وعلى ذلك مشى المتقدِّمون من الشَّافعية، فذكروا جوازها بدون كراهة، فقال البغوي رحمه الله:

(إذا باع شيئاً إلى أجل وسلّم، ثم اشتراه قبل حلول الأجل يجوز، سواء اشتراه بمثل ما باع أو أقلَّ أو بأكثر كما يجوز بعد حلول الأجل)[٣]

وقد بالغ الإمام الماورديّ رحمه الله في مناقشة من يقول بمنع العينة، وردّ على من استدل على ذلك بحديث عائشة وزيد بن أرقم رضي الله عنهما، وقال في الأخير:

(وأما الجواب عن قولهم: إنه ذريعة إلى الرِّبا الحرام؛ فغلط، بل هو سبب يمنع من الرِّبا الحرام، وما منع من الحرام كان ندباً).

واستدل على ذلك بحديث تمر خيبر[٤]

وكذلك أطلق الإمام النوويّ رحمه الله الجواز فقال:

(ليس من المناهي بيع العينة... وهو أن يبيع غيره شيئاً بثمن مؤجَّل

---

(١) مختصر المزني.

(٢) كتاب الأمّ، باب بيع الآجال: ٣/ ٧٨، مكتبة الكليات الأزهرية، و٦/ ٢٤٩ وما بعده في طبعة دار قتيبة.

(٣) التهذيب، للبغوي: ٣/ ٤٨٩.

(٤) الحاوي الكبير، للماوردي: ٥/ ٢٨٧ ـ ٢٩٠، مكتبة دار الباز ـ مكة المكرمة.

ويسلمه إليه، ثم يشتريه قبل قَبْضِ الثَّمن بأقل من ذلك الثمن نقداً . . . سواء صارت العينة عادة له غالبة في البلد، أم لا. هذا هو الصَّحيح المعروف في كتب الأصحاب، وأفتى الأستاذ أبو إسحاق الإسفراييني والشيخ أبو محمد بأنه إذا صار عادة له صار البيع الثاني كالمشروط في الأول، فيبطلان جميعاً)[١]

ولكن ذكر بعض المتأخِّرين من الشَّافعية الكراهة مع صحة العقد، فقال القاضي زكريّا الأنصاريُّ رحمه الله:

(ويكره بيع العينة. . . لما فيها من الاستظهار على ذي الحاجة، وهو أن يبيعه عيناً بثمن كثير مؤجَّل ويسلمها له، ثم يشتريها منه بنقد يسير. . . فيصح ذلك، ولو صار عادة له غالبة)[٢]

وكذلك ذكر الشِّربيني الخطيب والرَّملي رحمهما الله في شرحيهما على «المنهاج» أن العينة من جملة البيوع المكروهة[٣]

أما التورّق، فلم يذكروه، لا استقلالاً ولا كصورة من صور العينة، ولكن الظاهر أنهم حيثُ أجازوا للبائع الأول أن يشتري السلعة بنقد أقلّ، فالبيع إلى أجنبي أولى بالجواز، بل إن الإمام الشافعي رحمه الله ذكر جواز هذه الصّورة كمسألة متفق عليها بينه وبين مانعي العينة، وألزمهم بها، فقال وهو يناقشهم:

(قيل: أفحرامٌ عليه أن يبيع ماله بنقد، وإن كان اشتراه إلى أجل؟ فإن قال: لا، إذا باعه من غيره، قيل: فمن حرّمه منه؟)[٤].

---

(١) روضة الطالبين، للنووي: ٣/ ٤١٦ ـ ٤١٧.

(٢) أسنى المطالب، للأنصاري: ٤/ ١٠٤.

(٣) مغني المحتاج: ٢/ ٣٩، دار إحياء التراث ببيروت؛ ونهاية المحتاج: ٣/ ٤٦٠ المطبعة نفسها.

(٤) الأمّ، للشافعيّ: ٦/ ٢٥٠، دار قتيبة.

ولذلك قال الفيُّومي رحمه الله في العينة:

(وذلك حرام إذا اشترط المشتري على البائع أن يشتريها منه بثمن معلوم، فإن لم يكن بينهما شرط، فأجازها الشَّافعي لوقوع العقد سالماً من المفسدات، ومنعها بعض المتقدمين وكان يقول: هي أخت للرِّبا. فلو باعها المشتري من غير بائعها في المجلس فهي عينة أيضاً، لكنها جائزة باتفاق)[١]

٣ ـ مذهبُ المالكيةِ:

أما المالكية، فما سمَّاه الشَّافعية والحنابلة عينةً، يدرجونه تحت بيوع الآجال التي ظاهرها الجواز، لكنها تؤدي إلى الممنوع[٢]. ومذهبهم في منعه أشدّ المذاهب، فإنهم يوجبون فسخ مثل هذا البيع ما دامت السِّلعة قائمة[٣]، ولكنهم لم يدرجوا صورة التورُّق في عداد هذه البيوع الممنوعة، وإنّما يظهر من كلامهم أن التورق جائز عندهم، يقول ابن رشد رحمه الله:

(وسُئل مالك عن رجل ممن يعين يبيع السلعة من الرجل بثمن إلى أجل، فإذا قبضها منه ابتاعها منه رجل حاضر كان قاعداً معهما فباعها منه، ثم إن الذي باعها الأول اشتراها منه بعد، وذلك في موضع واحد، قال: لا خير في هذا، ورآه كأنه محلل فيما بينهما)[٤]

وبهذا يظهر أن مالكاً رحمه الله إنما منع هذه الصورة؛ لكون الرَّجل الثالث

---

(١) المصباح المنير، للفيّومي: ٢/ ٤٤١.

(٢) **العينة في اصطلاحهم**: تعامل آخر يشابه المرابحة للآمر بالشراء التي تتعامل به المصارف الإسلامية اليوم.

(٣) قال ابن رشد: (فإذا باع الرجل سلعة بثمن إلى أجل، ثم ابتاعها منه بأقل من ذلك الثمن نقداً، فسخت البيعتان جميعاً عند ابن الماجشون، وهو الصحيح في النظر). المقدمات الممهدات، لابن رشد: ٢/ ٥٣، دار الغرب الإسلامي.

(٤) البيان والتحصيل، لابن رشد: ٧/ ٨٩، دار الغرب الإسلامي.

اتخذ محلّلا للبائع الأول، ولولا أنه باع السِّلعة إلى البائع الأول، لجاز العقد عنده. وقال في موضع آخر:

(قال عيسى: وسمعت ابن القاسم وسُئل عن رجل اشترى من رجل سلعة بثمن إلى أجل، ثم إن البائع أمر رجلاً أن يشتري له سلعة بنقد ودفع إليه دنانيره، فاشتراها المأمور من المشتري بأقل من الثَّمن الذي كان ابتاعها به المشتري، وقد علم المأمور أن الآمر باعها منه أو لم يعلم وقد فاتت السلعة، قال: لا خير فيه)(١)

ولذلك ذكر الدسوقي رحمه الله أن شروط بيوع الآجال المتطرق إليها التهمة خمسة، وذكر منها:

(أن يكون البائع ثانياً هو المشتري أولاً، أو من تنزل منزلته، والبائع أولاً هو المشتري ثانياً، أو من تنزل منزلته)(٢)

وقال القرافي رحمه الله:

(إنا إنما نمنع أن يكون العقد الثاني من البائع الأول)(٣).

فالظّاهر أن التورُّق جائز عندهم بدون كراهة، والله سبحانه أعلم.

٤ ـ مذهب الحنفيّة:

أما الحنفيّة فمعظمهم سمّوا التورُّق عينة، ثمّ منهم من ذهب إلى كراهته، مثل: الإمام محمد رحمه الله، ومنهم من قال بالجواز، مثل: الإمام أبي يوسف وغيره. قال الإمام السَّرخسي رحمه الله:

(وذكر عن الشَّعبيّ: أنه كان يكره أن يقول الرَّجل للرجل: أقرضني، فيقول: لا حتى أبيعك. وإنما أراد بهذا إثبات كراهة العينة، وهو أن يبيعه

---

(١) البيان والتحصيل: ٧/ ١٧٦

(٢) الدسوقي على الشرح الكبير: ٣/ ٧٧، دار الفكر.

(٣) الفروق، للقرافي: ٣/ ٢٦٨.

ما يساوي عشرة بخمسة عشر، ليبيعه المستقرض بعشرة، فيحصل للمقرض زيادة، وهذا في معنى قرض جَرَّ منفعة، والإقراض مندوب إليه في الشرع، والغرر حرام، إلا أن البخلاء من الناس تطرقوا بهذا إلى الامتناع مما يدنو إليه، والإقدام على ما نهوا عنه من الغرور)(١).

وقال الحصكفي رحمه الله في تفسير بيع العينة:

(أي: بيع العين بالربح نسيئة ليبيعها المستقرض بأقلّ، ليقضي دينه، اخترعه أَكَلَةُ الربا، وهو مكروه مذموم شرعاً لما فيه من الإعراض عن مبرَّة الإقراض).

وقال ابن عابدين تحته:

(قوله: (وهو مكروه) أي: عند محمد، وبه جزم في «الهداية». قال في «الفتح»: وقال أبو يوسف: لا يكره هذا البيع؛ لأنه فعله كثير من الصحابة، وحمدوا على ذلك ولم يعدّوه من الربا، حتى لو باع كاغدة بألف يجوز ولا يكره، وقال محمد: هذا البيع في قلبي كأمثال الجبال ذميم اخترعه أَكَلَةُ الرِّبا)(٢).

وذكر في «الفتاوى الهندية» عن المحيط أن المشايخ اختلفوا في تفسير العينة التي ورد النهي عنها، فالتفسير الذي حُكي عن بعض المشايخ هو عين ما يسمّى التورق عند الحنابلة، فقالوا:

(فيبيعه المقرض منه باثني عشر درهماً، ثم يبيعه المشتري في السُّوق بعشرة؛ ليحصل لربِّ الثوب ربح درهمين بهذه التِّجارة، ويحصل للمستقرض قرض عشرة).

(وقال بعضهم: تفسيرها أن يدخلا بينهما ثالثاً، فيبيع المقرض ثوبه من المستقرِض باثني عشر درهماً ويسلّم إليه، ثم يبيع المستقرض من الثالث

---

(١) المبسوط، للسرخسي: ١٤/ ٣٦، دار المعرفة ـ بيروت.

(٢) الدر المختار مع حاشية ابن عابدين: ٤/ ٣١٠، كتاب الكفالة، مطلب بيع العينة.

الذي أدخلاه بينهما بعشرة ويسلِّم الثوب إليه. ثم إن الثالث يبيع الثَّوب من صاحب الثَّوب، وهو المقرض بعشرة ويسلم الثَّوب إليه ويأخذ منه العشرة، ويدفعها إلى طالب القرض، فيحصل لطالب القرض عشرة دراهم، ويحصل لصاحب الثَّوب عليه اثنا عشر درهماً، كذا في «المحيط». وعن أبي يوسف رَحِمَهُ اللَّهُ: العينة جائزة مأجور من عمل بها. كذا في «مختار الفتاوى»)[1].

وإنّ ابن الهمام رَحِمَهُ اللَّهُ وافق بين قولي الكراهة والجواز، فحمل الجواز على الصورة الأولى، وهي التورُّق، وحمل الكراهة على الصورة الثانية، وهي العينة عند جمهور الفقهاء. فقال رَحِمَهُ اللَّهُ:

(ثم الذي يقع في قلبي أن ما يخرجه الدَّافع إن فعلت صورة يعود فيها إليه هو أو بعضه، كعود الثوب أو الحرير؛ فمكروه، وإلا فلا كراهة إلّا خلاف الأولى على بعض الاحتمالات، كأن يحتاج المديون، فيأبى المسؤول أن يقرض، بل أن يبيع ما يساوي عشرة بخمسة عشر إلى أجل، فيشتريه المديون ويبيعه في السُّوق بعشرة حالّة.

ولا بأس في هذا، فإن الأجل قابله قسط من الثَّمن، والقرض غير واجب عليه دائماً، بل هو مندوب، فإن تركه لمجرد رغبة عنه إلى زيادة الدنيا فمكروه، أو لعارض يُعذر به فلا، وإنما يعرف ذلك في خصوصيات المواد، وما لم ترجع إليه العين التي خرجت منه لا يسمَّى بيع العينة؛ لأنه من العين المسترجعة، لا العين مطلقاً[2]. وإلا فكل بيع بيع العينة)[3]

---

(١) الفتاوى الهندية: ٣/ ٢٠٨، مكتبة ماجديّة، كوئته.

(٢) هذا مبنيّ على أن الحنفية عرّفوا العينة ببيع العين بالربح نسيئة كما في «الدر المختار»، فيقول ابن الهمام رَحِمَهُ اللَّهُ: إن العينة المذمومة لا تتحقق ببيع العين بالربح مطلقاً، وإنما تتحقق إذا عادت العين إلى البائع، حتى يثبت أن البائع إنما اتخذ العين حيلة مصطنعة، وإلا فالمقصود الزيادة مع بقاء العين عنده.

(٣) فتح القدير: ٦/ ٢٢٤، المكتبة الرشيدية، كوئته.

وما ذكره ابن الهمام رحمه الله وجيه جدّاً، ولذلك اختاره كثير من الحنفية وأفتوا به. قال العيني في «البناية»:

(إن الكراهة في هذا البيع حصلت من المجموع، فإن الإعراض عن الإقراض ليس بمكروه، والبخل الحاصل من طلب الربح في التِّجارات كذلك، وإلا لكانت المرابحة مكروهة)(١)

وقال ابن عابدين بعد ذكر رأي ابن الهمام رحمه الله:

(وأقرّه في «البحر» و«النَّهر» و«الشرنبلالية»، وهو ظاهر. وجعله السَّيد أبو السُّعود محمل قول أبي يوسف، وحمل قول محمد والحديث على صورة العود)(٢)

وإن قول أبي السُّعود رحمه الله في حمل قول محمد على الصور التي تعود فيها السِّلعة إلى البائع الأول، مؤيد بما ذكره قاضي خان رحمه الله؛ حيث قال:

(وحيلة أخرى: أن يبيع المُقرِض من المُستقرِض سلعة بثمن مؤجَّل ويدفع السلعة إلى المُستقرِض، ثم إن المُستقرِض يبيعها من غيره بأقل مما اشترى، ثم ذلك الغير يبيعها من المقرض بما اشترى لتصل السِّلعة إليه بعينها، ويأخذ الثَّمن ويدفعه إلى المستقرض فيصل المستقرض إلى القرض ويحصل الربح للمقرض. وهذه الحيلة هي العينة التي ذكرها محمد رحمه الله)(٣)

ومعروف أن قاضي خان من متقني المشايخ الحنفية، توفي في القرن السادس؛ فهو أعلم بأقوال أئمة الحنفية.

فظهر بهذا أن الصُّور التي كرهها الإمام محمد بن الحسن الشيباني رحمه الله

---

(١) ذكره في البحر الرائق: ٦/ ٣٩٥، بيروت، ١٤١٨هـ، وأقره.

(٢) ابن عابدين: ٤/ ٣١١ (وهذه المسألة مذكورة في جميع كتب الحنفية السابقة في كتاب الكفالة).

(٣) فتاوى قاضي خان، بهامش الفتاوى الهندية: ٢/ ٢٧٩.

هي العينة التي ترجع فيها السِّلعة إلى البائع الأول نفسه. أمّا ما يسمّى التورُّق عند الحنابلة، والذي يشتري فيه الرَّجل سلعة إلى أجل، ثم يبيعها في السُّوق ليحصل على نقد أقلّ، فلم يكرهه أحد من أئمة الحنفيّة، وأجازه ابن الهمام، والعيني، وابن نجيم، وصاحب «النهر»، والشرنبلالي، وأبو السُّعود، وارتضاه ابن عابدين رحمهم الله.

وهو الذي يظهر من قول قاضي خان رحمه الله، حيث إنه لم يذكر التورُّق في جملة الحيل التي يلجأ إليها الناس فراراً من الرِّبا، وقصر قول الكراهة المنسوب إلى الإمام محمد رحمه الله على الصُّور التي ترجع فيها السِّلعة إلى البائع.

٥ ـ خلاصةُ أقوالِ الفقهاءِ:

وعلى ضوء ما سردنا من نصوص الفقهاء من المذاهب الأربعة، يتلخَّص أن المختار في جميع هذه المذاهب جواز التورق، غير أنه يوجد عند الحنابلة والحنفية قول بالكراهة؛ فالكراهة رواية عن الإمام أحمد، واختارها الإمام ابن تيمية وتلميذه ابن القيم رحمهم الله، وكذلك ذكر الكراهة بعض المتأخِّرين من الحنفية؛ مثل: الحصكفي، صاحب «الدُّر المختار» وحمل عليه قول الإمام محمد رحمه الله.

أما المالكية، فلم أجد عندهم ذكر التورُّق صراحة، ولكنهم اشترطوا لكراهة العينة أن تباع السِّلعة إلى البائع الأول، فخرج منها التورُّق.

وكذلك لا يوجد ذكر صريح للتورُّق في كتب الشَّافعية، ولكنهم أكثر الناس توسُّعاً في إجازة العينة، وإن كان المتأخرون منهم، مثل: الرَّملي والشِّربيني الخطيب رحمهما الله، جزموا بكراهة العينة، ولكنهم لم يذكروا التورُّق في عداد صور العينة والبيوع المكروهة.

والظَّاهر أن ما ذكره العلامة ابن الهمام رحمه الله من اقتصار الكراهة على الصور التي ترجع فيها السِّلعة إلى البائع الأول هو الصَّواب، لأنَّ الاحتيال

في تلك الصور واضح، فإنَّ السِّلعة كلما رجعت إلى البائع الأول بتدبير من المتعاقدين، وكان دافع الثَّمن الأقلّ وآخذ الثَّمن الأكثر عند الأجل واحداً، تبيَّن أن بيع السِّلعة غير حقيقي، وإنَّما احتال البائع بوساطة هذا البيع الصُّوريِّ المحض، أن يحصل على نقد أكثر نسيئة بنقد أقلَّ معجَّل، وهذا هو معنى الرِّبا.

أما التورُّق، فدور البائع الأول فيه لا يتجاوز من أنه يبيع سلعته إلى أجل بثمن أكثر من ثمن السُّوق، وهو عقد مشروع عند جمهور الفقهاء، ثمّ لا علاقة له بما يفعل المشتري بالسِّلعة بعد الشِّراء؛ لأنه لا يبيعها إليه مرة أخرى، وإنما يبيعها في السُّوق. وإنّ الذي يشتريها من المشتري الأول هو الذي يدفع إليه الثَّمن الأقلَّ، والذي يدفع إليه المشتري الأول الثَّمن الآجل هو البائع الأول، فكان دافع الثَّمن الأقلّ غير آخذ الثَّمن الأكثر الآجل، والرِّبا إنما يتحقق إذا كان دافع الأقلِّ وآخذ الأكثر واحداً، فإذا اختلف الدَّافع والآخذ اختلافاً حقيقيّاً، اندفعت شبهة الرِّبا.

والذين كرهوا التورُّق إنما كرهوه من حيث إن النتيجة الأخيرة للعملية أن المشتري الأول يبقى بنقد أقلَّ، في حين أن في ذمته ديناً أكثر منه. ولكن هذه النتيجة لو حصلت بعقود كلها مشروعة، والذي أخذ منه الأقلّ غير من التزم له الأكثر؛ فلا مانع من هذه العمليَّة، وإنه يشابه ما أجازه رسول الله ﷺ في حديث أبي سعيد الخدريّ وأبي هريرة رضي الله عنهما: أن رسول الله ﷺ استعمل رجلاً على خيبر، فجاءه بتمر جنيب، فقال رسول الله ﷺ: «**أكلّ تمر خيبر هكذا؟**» قال: لا والله يا رسول الله! إنّا لنأخذ الصَّاع من هذا بالصَّاعين، والصَّاعين بالثلاثة، فقال رسول الله ﷺ: «**لا تفعل، بعِ الجمع بالدَّراهم، ثم ابتع بالدَّراهم جنيباً**»[(١)].

---

(١) صحيح البخاري، كتاب البيوع، باب إذا أراد بيع تمر بتمر خير منه.

فنتيجة العمليّة التي اقترحها رسول الله ﷺ نفس نتيجة شراء الصَّاع بالصَّاعين، حيث إنَّ صاحب الجمع يعطي الصَّاعين، ويأخذ صاعاً من جنيب، ولكن أجازه رسول الله ﷺ لكون هذه النتيجة حصلت بعقدين مستقلَّين مشروعين لا علاقة لواحد منهما بالآخر، فتبيَّن أن مجرد كون النتيجة النِّهائية مثل ما ينتج من عقد الرِّبا لا يحرِّم العمليَّة، ما دامت النتيجة حصلت بعقود حقيقية مشروعة.

ولذلك لا يوجد هناك نصٌّ يمنع التورُّق، وإدراجه في عداد العينة لا مستند له، فإنَّه لا يوجد تفسير العينة في حديث أو أثر إلا في أثر لعائشة رضي الله عنها أخرجه عبد الرَّزاق والدارقطني والبيهقي رحمهم الله، وإليكم نصَّ رواية عبد الرَّزاق:

(أخبرنا معمر والثوري عن أبي إسحاق، عن امرأته أنها دخلت على عائشة رضي الله عنها نسوة، فسألتها امرأة فقالت: يا أم المؤمنين كانت لي جارية، فبعتها من زيد بن أرقم بثمانمئة إلى أجل، ثم اشتريتها منه بستمئة، فنقدته الستمئة، وكتبت عليه ثمانمئة، فقالت عائشة: بئس والله ما اشتريت! وبئس والله ما اشترى! أخبري زيد بن أرقم أنه قد أبطل جهاده مع رسول الله ﷺ إلا أن يتوب)[١].

وهذه الصُّورة إنما شنَّعت عليها أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها من حيث إن الجارية رجعت إلى بائعتها، وبقي لها ربح مئتين مؤجَّلتين! ولو كان زيد بن أرقم رضي الله عنه باعها في السُّوق بستمئة للحصول على النَّقد، فالظَّاهر أن العملية لم تكن لتدخل تحت إنكار أم المؤمنين رضي الله عنها، والله تعالى أعلم.

---

(١) مصنف عبد الرزاق: ٨/ ١٨٤ ـ ١٨٥ رقم: (١٤٨١٢)، وأعلّه البعض بجهالة امرأة أبي إسحاق، ولكن قال الزيلعي: (بل هي امرأة جليلة القدر ذكرها ابن سعد في الطبقات...) نصب الراية: ٤/ ١٥.

٦ ـ حقيقةُ التورُّقِ الذي أجازَهُ الفقهاءُ:

وحاصل ما ذكرنا فيما سبق أن التورُّق عملية جائزة في نفسها، وغاية ما في الباب ـ كما قال ابن الهمام رحمه الله ـ أنه خلاف الأولى إن كان البائع يعلم أن المشتري محتاج إلى نقود لأغراضه الشَّخصية، ولا يشتري السِّلعة بثمن غالٍ إلّا بسبب حاجته إليها.

فلو كان في مُكنة البائع أن يقرضه النقود التي يحتاج إليها، فلاشكَّ أنه الأفضل والأكثر أجراً، فترك الإقراض في هذه الحالة واللجوء إلى بيع السِّلعة بثمن أكثر خلاف الأفضل، وكلما كانت حاجة المشتري إلى النُّقود أشد لأغراضه الشَّخصية، ازدادت فضيلة الإقراض، وابتعد التورُّق من المروءة بتلك النسبة، ولكن لا سبيل إلى القول بأنه يجب عليه الإقراض إلّا إذا كان المشتري بلغ حالة المخمصة أو الاضطرار، فإن لمثل هذه الحالة أحكاماً خاصَّة ربما يجب فيها على المرء أن يهب أو يتصدق ما يحتاج إليه، فضلاً من أن يقرضه.

وكذلك إن كان البائع يعرف أن المشتري المتورِّق يحتاج إلى سيولة نقدية لأغراضه التِّجارية، ومقصوده الحصول على التَّمويل، فالأفضل للبائع أن يعقد معه الشركة أو المضاربة لكونهما طريقين مفضَّلين للتمويل، فالعدول عنهما إلى التورُّق خلاف الأولى كلما كان الطريق المفضل ميسَّراً، ولكن لا سبيل إلى القول بأنه يجب عليه أن يعقد معه الشَّركة أو المضاربة، ولا يدخل في التورُّق.

ولكن ما ذكرنا من جواز التورُّق عند جمهور الفقهاء إنّما يتأتّى في التورُّق الذي هو عبارة عن عمليتين بسيطتين، إحداهما: شراءُ السِّلعة بالأجل، وثانيتهما: بيعها في السُّوق عاجلاً، والتورق الذي تصوره الفقهاء وحكموا بجوازه هو أن السِّلعة موجودة عند البائع مملوكة له ملكاً حقيقيّاً، ثم تنتقل ملكيتها إلى المشتري بحكم البيع الحقيقي الذي تتبعه جميع

أحكام البيع. ولكن إذا اقترنت بهذه العمليّة ملابسات أخرى، فلا يبعد أن يتغير الحكم، إما إلى عدم الجواز بتاتاً، أو إلى الكراهة، أو إلى ازدياد بُعدها عن العمليات المفضَّلة.

وما وصلنا إليه من حكم التورُّق وحقيقة جوازه عين ما قرره المجمع الفقهيّ الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي في دورته الخامسة عشرة بمكة المكرمة (في قرارها الخامس) ونصُّ القرار ما يأتي:

(**أولاً**: أن بيع التورُّق: هو شراء سلعة في حوزة البائع وملكه، بثمن مؤجَّل، ثم يبيعها المشتري بنقد لغير البائع للحصول على النقد (الورق).

ثانياً: أن بيع التورُّق هذا جائز شرعاً، وبه قال جمهور العلماء؛ لأن الأصل في البيوع الإباحة لقول الله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ﴾ [البقرة: ٢٧٥] ولم يظهر في هذا البيع رباً، لا قصداً ولا صورةً؛ ولأن الحاجة داعية إلى ذلك لقضاء دين، أو زواج، أو غيرهما.

ثالثاً: جواز هذا البيع مشروط بأن لا يبيع المشتري السِّلعة بثمن أقلَّ مما اشتراها به على بائعها الأول، لا مباشرة ولا بالواسطة، فإن فعل، فقد وقعا في بيع العينة المحرم شرعاً، لاشتماله على حيلة الرِّبا، فصار عقداً محرماً.

رابعاً: إن المجلس... وهو يقرر ذلك... يوصي المسلمين بالعمل بما شرعه الله سبحانه لعباده من القرض الحسن من طيّب أموالهم، طيّبة به نفوسهم، ابتغاء مرضاة الله، لا يتبعه منّ ولا أذى، وهو من أجل أنواع الإنفاق في سبيل الله تعالى، لما فيه من التَّعاون والتَّعاطف، والتَّراحم بين المسلمين، وتفريج كرباتهم، وسدِّ حاجاتهم، وإنقاذهم من الإثقال بالدِّيون، والوقوع في المعاملات المحرَّمة، وإن النصوص الشرعيَّة في

ثواب الإقراض الحسن والحثّ عليه كثيرة لا تخفى، كما يتعيَّن على المُستقرِض التحلِّي بالوفاء، وحسن القضاء وعدم المماطلة)[١]

ومن تأمل هذا القرار اتضح له أن الجواز مشروط بأن تكون السلعة في حوزة البائع وأن لا تقترن مع التورُّق ملابسات أخرى، كما أن الفقرة الرابعة من القرار تؤكد فضيلة القرض الحسن، وأنه أفضل وأولى من التورُّق.

وبعد معرفة الحكم الشَّرعي للتَّورق، وتمهيد هذه المبادئ؛ ننتقل الآن إلى التورق الذي تطبّقه المصارف الإسلامية اليوم في عمليات التمويل.

ثالثاً: التَّطبيقاتُ المصرفيةُ المعاصرةُ للتورُّق:

حيث إنّ عدة من المجامع والنَّدوات الفقهيَّة اتفقت على جواز التورُّق، فإن المصارف والمؤسسات المالية الإسلاميّة بدأت تطبِّقه في عمليّات التَّمويل، ونسبة استخدام أداة التورق متزايدة في أوساط هذه المؤسسات، ممّا يستدعي وقفة لأهل العلم المعتنين بتطبيق الأحكام الشَّرعية بجميع لوازمها، والاحتراز عما يترتب على سوءِ استخدامها من مفاسد.

ونريد هنا التَّنبيه على بعض النِّقاط التي يجب أخذها في عين الاعتبار من النَّاحية التَّطبيقية:

١ ـ التَّوسُّعُ في عملياتِ التورُّقِ:

لاشكَّ أن التورق حيلة مشروعة ومخرج جائز للحصول على النُّقود، ولكنَّها بالرغم من كونها جائزة، لا تخرج من كونها حيلة ومخرجاً؛ والحيل والمخارج إنّما وضعت للخروج من مأزق عند الحاجات الحقيقية على مستوى الأفراد، أو على مستوى المؤسسات أحياناً، وإنها لا تصلح

---

(١) قرارات المجمع الفقهي الإسلاميّ، ص ٣٢١ ـ ٣٢٢، رابطة العالم الإسلامي، ١٤٢١هـ.

لأن تكون هي النشاط الأساسي لمؤسسات تجارية كبيرة، ولا لأن تمثل نظام الاقتصاد الذي تهدف إليه الشَّريعة الغرّاء، فالتوسُّع في هذه الحيل والمخارج على مستوى المؤسسات المالية الكبيرة يُعَرْقِلُ المسير الطبيعي للاقتصاد الإسلامي، فإنه كلَّما توسَّعت هذه المؤسسات في مثل هذه الحيل والمخارج، ضاق النِّطاق على النشاطات الاقتصادية التي تحثُّ عليها الشَّريعة، والتي تمهِّد السبيل إلى إنشاء مجتمع اقتصاديٍّ مطلوب.

فالطريق الأمثل للتمويلات التجارية ـ في الشريعة الغرّاء ـ هو التمويل على أساس الشركة والمضاربة، فإنه هو الذي يضمن التوزيع العادل للثروة فيما بين أبناء الشَّعب، ويوجِّه فيضان الأموال من الأثرياء الكبار إلى العامَّة من الناس؛ فالتوسُّع في عمليَّات المرابحة، والتورُّق، وأمثالهما، وخاصَّةً إذا كان تقويم هذه العمليَّات على أساس المؤشر الربويّ، يضيِّق المجال لعمليات الشَّركة والمضاربة، ويشجِّع العقليَّة الربويَّة التي تهدف إلى الاسترباح دون تحمُّل أيِّ خطر، ولا تُحدث أيَّ تغيُّر جذري في النظام الرأسمالي السَّائد اليوم.

وإنّ المجامع والندوات الفقهيَّة، وهيئات الرَّقابة الشرعية للمؤسسات المالية الإسلاميَّة أفتت بجواز المرابحة للآمر بالشِّراء والتورق، وما إلى ذلك من المخارج الشرعيَّة؛ نظراً إلى الظروف المحيطة بالمصارف الإسلامية عند بداءة إنشائها؛ إنّها بدأت تعمل في سوق مكتظة بالعمليات الربويَّة البحتة، وكان من العسير جدّاً أن تتمحض نشاطاتها في التَّمويل على أساس الشَّركة والمضاربة، فأبيح لها أن تلجأ إلى مثل هذه العمليّات؛ لتتمكن من اتخاذ خطواتها المبدئية للفرار عن الرِّبا الصُّراح، وتمكِّن عامَّة المسلمين من الاستفادة بقنوات تمويلية لا تدخل في الحرام البيِّن.

ولكن لم يكن في حسبان الفقهاء الذين أجازوا هذه العمليّات، أن تجلس هذه المؤسسات مقتنعة بهذه المخارج إلى أمد لا نهاية له، وتتخذها

هي الهدفَ المنشود من وراء إنشاء المصارف الإسلاميّة، والنَّشاطَ الأساسيَّ الذي تدور حوله رحى تعاملاتهم إلى الأبد.

ولقد مضت الآن على إنشاء المؤسسات الإسلاميَّة أكثر من ثلاثين عاماً، وقد تزايد في هذه المدة عددها وكبُر حَجمها، وكثُر عدد المتعاملين معها، فحان الآن لهيئات الرَّقابة الشَّرعيَّة لهذه المؤسسات أن تؤكِّد على التقليل من عمليَّات المرابحة والتورُّق، والإكثار من العمليَّات المفضلة من الشَّركة والمضاربة، وأن تكون نسب العمليات المختلفة من إجماليِّ تعاملاتها تحت رقابة دائمة، حتى تتقدم المصارف الإسلاميّة إلى مقاصد التَّشريع الإسلامي، وتمثِّل الاقتصاد الإسلامي بصورته المتكاملة النيِّرة، دون أن تبرُز أمام العالم كشركات متمحضة للمخارج والحيل، فإن ذلك يسبِّب سُمعةً سيئة، ليس لهذه المؤسسات فحسب، بل للاقتصاد الإسلامي الذي تمثِّله.

وقد يقترح على أساس سدِّ الذرائع: أن تُمنع المصارف الإسلامية من ممارسات التورُّق بتاتاً، ومن هُنا جاء السؤال التالي من قبل الأمانة العامة للمجمع الفقهي الإسلاميِّ:

(هل الآثار الناجمة عن توسُّع المصارف في التمويل بالتورق من نحو زيادة الدُّيون الاستهلاكية، وضعف الفارق بين العمل المصرفيّ الإسلامي وعمل المصارف الربوية، وطغيان هذا العقد على عقود المشاركة وتحمل المخاطر... يمكن أن تؤدي إلى منع هذا العقد، حتى ولو كان مباحاً من حيث الأصل؟).

والجواب عن هذا السؤال في نظري: أن إطلاق المنع في هذه المرحلة الابتدائية يمكن أن يسبِّب مشاكل عمليَّة في بعض الحالات التي يحتاج فيها إلى التورُّق احتياجاً حقيقيّاً، ولكن يجب أن تشدِّد هيئات الرَّقابة الشرعية في رقابتها على مثل هذه العمليَّات من جهتين:

الجهة الأولى: أن لا تسمح بمثل هذه العمليَّات إلّا في حاجات حقيقية، وأن تؤكد على المؤسسات الإسلامية أن تقلِّل نسبتها من مجموع ممارساتها.

والجهة الثانية: أن يكون التورُّق خالياً عن الملابسات الأخرى التي تخرجه من حدِّ الجواز، أو تزيده كراهة، أو تجعله عملية صوريَّة فقط. ونشير إلى بعض هذه الملابسات فيما يأتي:

٢ ـ توكيلُ المتورِّقِ بشراءِ السّلعة للبائعِ:

ذكرنا فيما سبق أن التورُّق الذي تصوره الفقهاء والذي حكموا بجوازه، يتكوَّن من عقدين بسيطين:

الأوَّل: أن يبيع البائع سلعة هي في ملكه وحوزته بيعاً مؤجَّلاً إلى المتورِّق.

والثاني: أن يبيع المتورِّق هذه السّلعة إلى طرف ثالث لا علاقة له بالبائع الأول.

ولكن كثيراً من المصارف والمؤسسات تضيف إليه عقداً آخر، وهو التَّوكيل.

فمثلاً: إذا طلب أحد عملاء المصرف التَّمويل على أساس التورق، فإن المصرف لا يبيع سلعةً موجودة في ملكه، وإنّما يحتاج إلى أن يشتريها من السُّوق، فإن كان المصرف يشتريها بنفسه عن طريق أحد موظَّفيه، فهذا يمكن أن يكون مقبولاً، ولكن المصرف لا يشتريها بنفسه في كثير من الأحوال، وإنّما يوكِّل العميل المتورق نفسه أن يشتريها من السُّوق نيابة عن المصرف، ثمَّ إن المتورق يشتريها من المصرف أصالة بثمن آجل، ثم يبيعها إلى طرف ثالث، والعادة المتبعة في كثير من المصارف هي أن المصرف لا يدفع الثَّمن إلى البائع الأصليّ، وإنَّما يدفع المبلغ إلى المتورِّق بصفة كونه وكيلاً له بالشِّراء.

ومن أجل إضافة هذا التوكيل إلى التورُّق، تصبح العمليَّة تشابه التَّمويلَ الرِّبويَّ، فإن المتورِّق يأخذ من المصرف المبلغ الأقلَّ، ويدفع إليه المبلغ الأكثر عند حلول الأجل، وإن كان أخذه للمبلغ الأقلِّ إنما يقع بصفته وكيلاً بالشِّراء، وليس كمستقرِض، ولكنَّ هذا الفرق الدَّقيق لا يبعد العمليَّة عن مشابهة التَّمويل الربويّ، وإنَّ هذا التوكيل قد يجعل العقد محظوراً، وقد يجعله مكروهاً.

فإن اشترى المتورق البضاعة نيابة عن المصرف، ثمَّ اشتراه لنفسه بدون أن يرجع إلى المصرف ويُنشئ معه البيع بعقد مستقلٍّ، فإن هذه العمليَّة لا تجوز أصلاً؛ لأن الوكيل لا يتولى طرفي البيع؛ ولأنه يجب الفصل بين الضمانين في البضاعة، وأما إذا رجع الوكيل المتورِّق إلى المصرف بعد شراء البضاعة، ثم عقد معه البيع بإيجاب وقَبول، فالعقد ليس باطلاً، ولكنه لا يخلو من كراهة؛ لأنه يقرِّب العقد إلى الصُّورية.

وينبغي لهيئات الرقابة أن تمنعَ مثل هذا التَّوكيل، حتى تعود عملية التورُّق إلى أصلها.

٣ ـ توكيلُ المتورِّقِ البائع ببيعِ البضاعةِ في السُّوقِ:

وهناك صورة أخرى للتوكيل؛ وهي أن المشتري المتورِّق بعد شراء البضاعة من البائع يوكِّل نفس البائع بأن يبيع البضاعة في السُّوق نيابة عن المتورِّق؛ مثلاً: إذا أراد زيد أن يطلب التمويل من مصرف فإنه يشتري بضاعة من المصرف بثمن آجل، ثم يوكل المصرف نفسه بأن يقوم ببيعها في السُّوق نيابة عنه، وإن المصرف بعدما يبيع البضاعة إلى طرف ثالث، فإنه يتسلم الثَّمن من المشتري ويدفعه إلى زيد، ثمَّ يسدِّد زيد الثَّمن الآجل الزَّائد عند حلول الأجل.

وإن هذا التَّوكيل إن كان مشروطاً في البيع الأول، بأن زيداً اشترى البضاعة من المصرف بشرط أن يقومٍ ببيعها في السُّوق، فإن هذا العقد

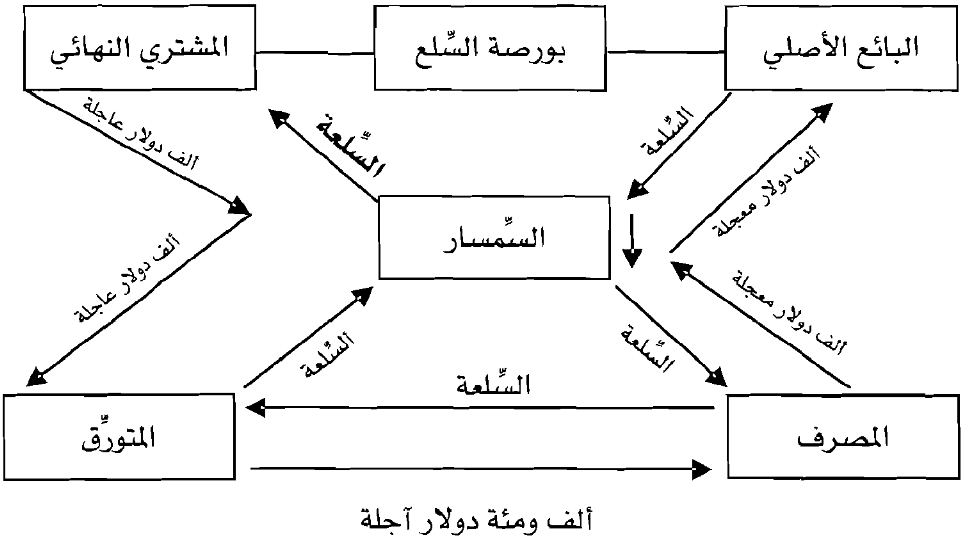
فاسد؛ لأنه بيع بشرط التوكيل، ومثل ذلك العقد المشروط فاسد عند جمهور الفقهاء. أما إذا كان عقد البيع خالياً من هذا الشرط، ثمّ وكَّل زيد المصرف بعقد مستقلٍّ، فليس العقد فاسداً، ولكنه لا يخلو من كراهة؛ وذلك لأن المصرف هو الذي يدفع المبلغ الأقلَّ إلى زيد (بصفته وكيلاً بالبيع) وهو الذي يأخذ المبلغ الأكثر عند حلول الأجل، وإن كان الأخذ والعطاء بصفتين مختلفتين وبعقدين مستقلَّين مما يخرج العملية من الرِّبا الصَّريح، ولكن هذا الفرق الدَّقيق لا يبعده من مشابهة التمويل الرِّبويِّ. . وفي كثير من الأحوال لا يتمثَّل هذا الفرق الدقيق إلّا في صورة توقيع على الأوراق ليس له كبيرُ أثرٍ في عالم الواقع.

٤ ـ التورُّقُ عن طريقِ سوقِ السِّلعِ العالميَّةِ:

كثيراً ما تمارس المصارف الإسلامية التورق عن طريق البورصات العالميّة التي تتعامل في السِّلع؛ لأن هذه البورصات أخصر طريق لإجراء البياعات السَّريعة، تقع فيها آلاف البياعات في دقائق متعددة عن طريق الحاسب الآليِّ.

والطريق المتّبع لإجراء التورق عن طريق هذه البورصات أن المصرف يتفاهم مع أحد السَّماسرة الذين يتعاملون فيها، أنه يشتري للمصرف سلعة عالميّة، ثمّ يقوم ببيعها إلى طرف ثالث كلَّما طلب منه المصرف ذلك؛ فإذا طلب أحد عملاء المصرف التمويل على أساس التورق، فإن المصرف يطلب من سمساره أن يشتري له سلعة من بورصة السِّلع العالميَّة، ثم إن المصرف يبيعها إلى المتورِّق بثمن آجل، ثمَّ يأمر سمساره أن يبيعها بثمنٍ عاجل نيابة عن المتورِّق، وهكذا يحصل المتورِّق على سيولة نقدية في صورة هذا الثَّمن العاجل.

وإن آلية التورُّق عن طريق البورصات العالمية تتمثَّل في الشكل التالي:



فيبيع البائع الأصليّ السِّلعة بوساطة السِّمسار إلى المصرف، ويدفع إليه المصرف الثَّمن العاجل وهو ألف دولار، ثم يبيعها المصرف إلى المتورِّق بألف ومئة دولار آجلة، ثم يبيع المتورِّق السِّلعة بوساطة السِّمسار إلى المشتري النهائي الذي يدفع إليه ألف دولار عاجلة، فيحصل المتورِّق على سيولة مقدارها ألف دولار، ويدفع إلى المصرف ألفاً ومئة دولار عند حلول الأجل.

وإذا تأملنا في هذه العمليَّة، فإنها تحتاج إلى عدّة وقفات من الناحية الشرعية، لابدَّ من النَّظر والتَّحوُّط فيها:

أ ـ إن بورصات السِّلع العالميَّة تجري فيها بيوع كثيرة ليست حقيقية، لا تُسلَّم فيها السِّلع إلى المشتري، وإنَّما تدرج بيوع كثيرة متعاقبة على الحاسب الآلي، ثمَّ تقع التَّصفية على أساس فروق الأسعار؛ فمنها ما هي بيوع مستقبلية (Futures) وهي ممنوعة شرعاً، ومنها ما هي بيوع حالَّة، ولكنّها لا تراعى فيها الشروط الشرعيَّة من تعيُّن المبيع وإفرازه عن غير

المبيع، ومن كون المبيع في ملك البائع وحوزته، وإنَّما تقع البيوع المتعددة بتبادل الأوراق، وهي في كثير من الأحيان لا تمثِّل بضاعة معينة، وإنما تمثِّل حقَّ الحامل في تسلُّم كمية من المخازن التي تودع فيها آلاف الأطنان من نفس السِّلعة.

والكمية التي تمثلها هذه الأوراق غير متميزة عن الكمية الباقية، فلا تأتي الكمية المشتراة في ضمان المشتري، ويبيعها المشتري إلى آخر قبل أن تتميز وتُضمن من قبل المشتري، فيقع فيها محظور ربح ما لم يضمن.

وإن البيع الحقيقيَّ الشَّرعيَّ لا يتحقق في هذه البورصات، إلا إذا كان هناك اهتمام بالغ من قبل المتعامل فيها بالتزام الشروط الشرعية، تحت مراقبة فقهاء متخصصين في هذا المجال، ولا يتيسر ذلك غالباً إلّا بوضع طريق خاصٍّ وصياغة عقود جديدة من قبل الهيئات الشرعية، والتفاوض مع السماسرة والمتعاملين في هذا السُّوق لكي يلتزموا بالشُّروط الشَّرعيَّة.

فما لم يتحقق هذا الاهتمام البالغ، لا يجوز التعامل في بورصات السِّلع العالمية، لا للتورق، ولا لغرض آخر.

ب ـ لو فرضنا أن آلية التعامل في البورصات قد تمَّ تخطيطها بكل حزم واحتياط؛ ليكون البيع حقيقيّاً ملتزماً بالشروط الشرعيَّة، ثمّ اتخذت عملية التورُّق بالشكل الذي شرحناه فيما سبق، فإنّه لابد أن تأتي البضاعة في حوزة المتورِّق بعد شرائه إيَّاها من المصرف، وقبل أن يبيعها إلى المشتري النِّهائي، فيتحقق منه قبضها إما بنفسه، وإمَّا عن طريق وكيل له، ولا يجوز أن يكون المصرف هو الوكيل للمتورِّق بالقبض، فإن المصرف هو البائع، فلابد من أن تخرج السِّلعة من حوزته وضمانه إلى حوزة المشتري أو وكيله الذي هو غير البائع.

ج ـ ولئن فرضنا أن وكيل المشتري هو السِّمسار، فهو الذي يقبض السِّلعة من المصرف نيابة عن المشتري، ثم يبيعها إلى المشتري النهائي،

فإن المشكلة ههنا أن ذلك السِّمسار نفسه هو الوكيل للمصرف أيضاً؛ فهو يشتري السِّلعة من البائع الأصليّ نيابة عن المصرف ويقبضها نيابة عنه، ويبيعها إلى المتورِّق، فهو في حكم المصرف من حيث كونه وكيلاً له، فلا يصحُّ أن يكون وكيلاً للمشتري بالقبض.

ولا مساغ للخروج من ذلك إلّا بأن تقع من المصرف تخلية السِّلعة للمتورِّق بعدما يتم شراءُ السلعة من البائع الأصلي، فإذا تحققت التخلية التي هي في حكم القبض خرجت السِّلعة من ضمان المصرف، ويمكن الآن أن يوكِّل المتورِّق المصرف أو السِّمسار ببيعها إلى المشتري النهائي؛ فإن اشترط التوكيل عند الشراء فسد العقد كما أسلفنا، وإن عقد التوكيل قبل التخلية فإنه لا يجوز لكون السِّلعة في ضمان المصرف حينئذ.

ولاشك أن الالتزام بهذه الآلية في بيوع السِّلع الدولية السَّريعة من الصُّعوبة بمكان.

والطريق الثاني: أن يكون السِّمسار الذي يقبض السِّلعة نيابة عن المتورِّق ويبيعها وكيلاً له، غيرُ السِّمسار الذي اشترى البضاعة للمصرف، فيكون هناك سمساران، أحدهما: وكيل للمصرف، والآخر: وكيل للمتورِّق، وبما أن الطريق الأول في صورة وحدة السِّمسار صعب تنفيذه، بل لا يكاد يتحقق مهما وقعت الدقة في المراقبة، فهذا الطريق الثاني هو المتعين، ولا ينبغي أن يسمح بالطريق الأول من قبل الهيئات الشَّرعية.

د ـ ثم إن البيوع في نظام البورصات الجديد إنما تتم عن طريق الحاسب الآليّ، ولم يتحقق لي حتى الآن أن مجرد ظهور اسم المشتري على شاشة الحاسوب ينقل الملك ويحقق القبض وينقل الضمان إليه، ويجب أن تكون العقود الجارية عن طريق الحاسوب موضوع دراسة مستقلَّة في ضوء القوانين والأعراف قبل الحكم عليها بالجواز وعدمه.

هـ ـ كلّ ما ذكرنا من الشُّروط الشَّرعية فيما سبق، إنما هي شروط

للحكم بصحة العقد؛ أمّا من ناحية السِّياسة الشَّرعيَّة، فقد رأينا أن الطُّرق المتبعة في المصارف الإسلاميَّة ليست على سذاجة التورُّق الذي تصوره الفقهاء؛ فلو كان ذلك التورق الساذج خلاف الأولى، فما بالك بهذه الصُّور المعقَّدة التي أضيف إليها عدة عقود يصعب تنفيذ شروطها الشَّرعيَّة في مجال العمل المصرفيّ السَّريع؟!.

وهذا يؤكد ما ذكرنا من ضرورة الامتناع عن التوسُّع في استخدام التورق في الأعمال المصرفية، وقصره على حاجات الأفراد الحقيقية، وإجرائه بطريقه اللازم لصحة العقود، حتى لا تكون تلك عمليَّة صوريَّة تؤول إلى تمويل ربويٍّ بجميع آثاره ونتائجه الشَّنيعة.

والله ﷻ وليّ التوفيق، وهو المستعان، وصلى الله تعالى على نبينا الكريم، وعلى آله وأصحابه أجمعين، وآخر دعوانا أنِ الحمد لله ربِّ العالمين.

● **خلاصةُ البحثِ:**

١ ـ التورُّق أن يشتري الرجل سلعةً بثمنٍ مؤجَّل أكثر، ويبيعها من شخص ثالثٍ بثمنٍ عاجلٍ أقلَّ، فيحصل على نقودٍ ليسدَّ بها حاجته.

٢ ـ الفرق بين التورُّق والعينة أن المتورق يبيع السِّلعة من شخص ثالث، والعينة أن تباع السلعة إلى البائع الأول نفسه.

٣ ـ في جواز التورق روايتان عن الإمام أحمد بن حنبل، أظهرهما الجواز، وبه أخذ المحققون من الحنابلة، وذهب الإمام ابن تيمية وتلميذه الحافظ ابن القيِّم رحمهما الله إلى عدم جوازه.

٤ ـ التورُّق جائز حسب قواعد الشَّافعيَّة، حيث إنهم أجازوا العينة الصَّريحة، فالتورُّق أولى بالجواز.

٥ ـ المالكيَّة شدَّدوا في حرمةِ العينة، ولكنهم اشترطوا لتحقق العينة أن

ترجع السلعة إلى البائع الأول، فلو لم ترجع إليه، وإنما باعها المشتري من ثالث، فلا حرمة.

٦ ـ بعض المتأخِّرين من الحنفية اعتبروا التورُّق عينة فذهبوا إلى كراهتها، ولكن المختار قول الإمام ابن الهمام رَحِمَهُ اللَّهُ: إن العينة إنما تتحقق إن رجعت السِّلعة إلى البائع الأول، أما إذا باعها المشتري في السُّوق فهو جائز بلا كراهة، لكنه خلاف الأولى. وهذا القول اختاره جمهور الحنفية.

٧ ـ وعلى أساس القول المختار في المذاهب الأربعة، فإن التورُّق جائز، لكن القرض (بدون فائدة) أفضل منه.

٨ ـ هذا إذا كان التورُّق لم يقترن بملابسات أخرى.

٩ ـ فإن وكل المصرف المتورِّق نفسه بشراء البضاعة نيابة عنه، ثم الشِّراء لنفسه؛ فهذا غير جائز؛ لأن الوكيل لا يتولى طرفي البيع، أما إذا وكله للشِّراء فقط، ثم إن اشتراها من المصرف بعقد مستقل بإيجاب وقَبولٍ، فهذا العقد صحيح، ولكن لا يخلو من كراهة.

١٠ ـ إن وكَّل المتورِّقُ المصرفَ ببيع السِّلعة إلى ثالث نيابة عن المتورِّق، فإن كان التَّوكيل مشروطاً في عقد البيع فإنه عقد فاسد لا يجوز، وإن لم يشترط التوكيل في البيع، وإنما وكله بعد إتمام الشِّراء، فإن العقد صحيح، ولكنه لا يخلو من كراهة.

١١ ـ التورُّق عن طريق بورصات السِّلع الدوليَّة معرض لفساد العقد في كثير من الأحوال، لفقدان الشُّروط الشَّرعية لصحة العقد.

١٢ ـ لئن استوفيت الشُّروط الشرعية المفصلة في البحث، فإنه يصح العقد، ولكنه لا ينصح بالتَّوسُّع في مثل هذه العمليات نظراً إلى المفاسد المحتملة.

* * *

SUMMAY

1 - Tawarruq is an arrangement where by a person, in need of liquidity, purchases a commodity from a seller on credit at a higher price and then sells it at a lower price. The person who acquires liquidity in this way is called "mutawarriq".

2 - The difference between "inah" and "tawarruq" is that a "mutawarriq" sells the commodity to a third party, while in "-inah" the buyer resells it to the same seller from whom he had bought the commodity.

3 - There are two versions reported from Imam Ahmad Ibn Hanbal about the permissibility of "tawarruq". Majority of the Hanbali jurists have preferred the version according to which "tawarruq" is permissible. However, Ibn Taimiyyah and Ibn Qayyim have held "tawarruq" as impermissible.

4 - The Shafi'i jurists have allowed "inah", and therefore it seems that "tawarruq" is permissible with them with a greater force.

5 - Maliki jurists are very strict about "inah", but it appears from their books that they do not see a problem in "tawarruq".

6 - Some Hanafi jurists of later days have held that "-tawarruq" is "inah" hence makrooh. But majority of the Hanafi jurists have preferred the view of Ibn - ul - Humam that "inah" is restricted to the situation where the commodity comes back to the original seller. But where the commodity is sold in the market, the transactions are valid and permissible. However, lending money (without interest) is more preferable.

7 - Thus the preferred view in all the four schools of Islamic fiqh is that tawarruq is permissible. However, lending (-without interest) is more advisable.

8 - This is the position with regard to the original concept of tawarruq, but the ruling may change if the transaction is infiliterated by some other elements.

9 - If the bank appoints the mutawarriq himself as its agent to purchase the commodity on behalf of the bank, then to sell it to himself, this transaction is invalid. However, if the bank appoints him as an agent only for the purchase of a commodity on behalf of the bank, then once it is purchased, the bank itself sells it to him through a proper contract with offer and acceptance, the transaction is valid, but not advisable.

10 - If the "mutawarriq" after purchasing the commodity from the bank, appoints the bank his agent to sell it in the market and this agency is stipulated in the contract of sale as a condition, the transaction is not valid. However, if the agency was not a condition in the sale contract, and it has been effected after unconditioned sale, the transaction is valid, but not advisable.

11 - If "tawarruq" is carried out through the international commodity exchanges, it is vulnerable to many violations of Shariah, because many conditions of a valid Islamic sale may be lacking.

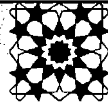
12 - However, if all the condition of a valid sale, fully discussed in the paper, are properly observed, the transaction may be valid, but its extensive use is not advised.

(١٦)

المضاربةُ المشتركةُ

في المؤسساتِ الماليَّةِ الإسلاميَّةِ

* * *



١٦

المضاربةُ المشتركةُ

في المؤسساتِ الماليَّةِ الإسلاميَّةِ

● **مقدمة:**

الحمد لله ربِّ العالمين، والصَّلاة والسَّلام على رسوله الكريم، وعلى آله وأصحابه أجمعين، وعلى كل من تبعهم بإحسان إلى يوم الدِّين.

أما بعد: فإن المضاربة أو القراض من أفضل الطُّرق الإسلامية للتَّمويل، وبما أن المال فيه من جانب، والعمل من جانب آخر، والربح الحاصل مقسوم بينهما بالنِّسب المتفق عليها، فإنه من أقوى الوسائل للتوزيع العادل لثروة المجتمع، إذا استخدم في المصارف والمؤسسات المالية، ولكنّ المضاربة ـ كما تصورّها الفقهاء وذكروا جزئياتها ـ عمليّة ثُنائية بين فردين: يُقدِّم أحدهما المال، والآخر العمل، وكان ذلك هو المعمول به في تلك الحياة البسيطة التي لا تتصور فيها المشاريع الكبيرة للصناعة والتجارة، التي تقتضي أموالاً جمّة، وتكاليف باهظة لا يستطيع تحمّلها فرد واحد في غالب الأحيان.

ولذلك نجد أن الفقهاء القدامى تحدثوا عن المضاربة الفردية بين اثنين وليس عندهم ذكر للمضاربة الجماعيّة التي تُضَخُّ فيها أموال جمع كبير من النَّاس في وعاء واحد تديره مؤسسة مالية بصفة كونها مضاربة لجميع أرباب الأموال، ولكن ليس معنى ذلك أن مثل هذه المضاربة الجماعيّة لا تجوز

في الشَّريعة الإسلامية؛ لأن الشَّريعة إنما مهّدت أصولاً وأحكاماً للمضاربة، وما دامت هذه الأصول والأحكام محتفظة، فإن أيّ صورة جديدة لتطبيق مبدأ المضاربة جائزة في الشَّريعة الإسلامية.

أولاً: تكييفُ المضاربةِ المشتركةِ:

وإنّ المضاربة المشتركة الجماعية وإن لم تكن موجودة في صورتها المعاصرة، ولكنَّ الفقهاء ذكروا صوراً لتعدّد أرباب الأموال، فيقول الإمام البغويّ رحمه الله:

(ولو قارض رجلان رجلاً على ألف، فقالا: قارضناك على أن نصف الرِّبح لك، والباقي بيننا بالسَّويَّة، جاز)[1]

وقال ابن قدامة رحمه الله:

(وإن قارض اثنان واحداً بألف لهما جاز)[2]

وذكر العلامة محمد بن رشد عن مالك رحمه الله.

(وسُئل مالك عن رجل أخذ من رجلين مالاً قراضاً، فأراد أن يخلطه بغير إذنهما، فقال: يستأذنهما أحسنُ وأحبُّ إليَّ، فإن لم يستأذنهما فلا أرى عليه سبيلاً، قيل له: فإنه استأذن أحدهما فأذن له ولم يأذن له الآخر فخلطهما، قال: يستغفر الله ولا يعُد).

وقال ابن رشد رحمه الله تحته:

(. . . . فكذلك هذان المالان له أن يخلطهما بعد إذن صاحبيهما تحرّياً للعدل فيما بينهما، ولما يرجو من استغزار الرِّبح بخلطهما، واستئذانهما أحسن؛ إذ قد يكره كل واحد منهما ذلك؛ لما يعتقده أن ماله أطيب من مال الآخر؛ فإن خلطه بغير اختيار صاحبيهما لم يلزمه في ذلك ضمان، إذ

---

(١) التهذيب في فقه الإمام الشافعي، للبغوي: ٤/ ٣٨٢.

(٢) المغني، لابن قدامة: ٥/ ١٤٦.

لا ضرر في خلطتهما على واحد منهما، ولا وجه من وجوه التَّضييع، وبالله التَّوفيق)[(١)]

وقال الإمام النَّووي رحمه الله:

(وإذا قارض اثنان واحداً، فليبيّنا نصيب العامل من الرِّبح، ويكون الباقي بينهما على قدر ماليهما)[(٢)].

وحكى ابن قدامة جواز ذلك عن الحنابلة، وعن أبي حنيفة رحمه الله كما سيأتي نصه[(٣)].

وتبيّن بهذا أن تعدّد أرباب الأموال في المضاربة ليس شيئاً غريباً عن الفقه الإسلامي، بل اعتبره الفقهاء القدامى وحكموا بجوازه، فإن كان يجوز أن يكون المال من رجلين، فيجوز أن يكون من ثلاثة أو عشرة أو أكثر؛ لأن المبدأ واحد، وليس هناك دليل يقصر المضاربة على عدد معين من أرباب الأموال، فثبت أن المضاربة المشتركة أو الجماعية جائزة.

أما تكييف هذا النَّوع من المضاربة فإن هناك علاقتين:

العلاقة الأولى: فيما بين أرباب الأموال أنفسهم.

والعلاقة الثانية: فيما بين أرباب الأموال والمضارب.

فأمَّا تكييف العلاقة الأولى فهو أن أرباب الأموال شركاء فيما بينهم، وعلاقة بعضهم ببعض علاقة شريك، ثم إن هؤلاء بأجمعهم أربابُ أموالٍ تجاه المضارب، والعلاقة بينهم وبين العامل علاقة مضاربة، وهي العلاقة الثانية.

---

(١) البيان والتحصيل، لابن رشد: ١٢/ ٣٥٠ ـ ٣٥١، دار الغرب الإسلامي ـ بيروت، ١٤٠٥هـ.

(٢) روضة الطالبين: ٥/ ١٢٥.

(٣) المغني، لابن قدامة: ٥/ ١٤٦.

١ ـ العلاقةُ فيما بَيْنَ أربابِ الأموالِ:

والظَّاهر أن علاقة الشَّركة فيما بين أرباب الأموال هي شركة عقد على أساس العنان، فتنطبق عليهم أحكامها، ولكن يظهر مما قدمنا آنفاً من عبارة الإمامين مالك وابن رشد رحمهما الله، أن المالكية اعتبروا هذه العلاقة شركة ملك؛ لأنهم لم يشترطوا على المضارب إذا أخذ المال من رجلين أن يستأذنهما، وإنما جعلوا الاستئذان من المستحبات، حتى إن المضارب إن لم يستأذن بخلط مال ربِّ المال بمال رجل آخر، لم يجعلوه ضامناً.

وهذا يدلُّ على أن الشَّركة بين صاحبي المال شركة اضطرارية، ولا تحدث مثل هذه الشَّركة إلا في شركة الملك، فكل ما يحصل من ربح على هذا المال المشترك المخلوط يقسَّم ـ بعد أداء حصة المضارب ـ على قدر ملك كل واحد منهما في الخلطة، فلا يجوز اقتسام الرِّبح فيما بين أربابِ الأموال إلا بنسبة مساهماتهم في الوعاء، ولا يجوز التَّفاوت في النِّسب.

أما إذا اعتبرنا الشَّركة فيما بين أرباب الأموال شركة عقد، بأن يكون أرباب الأموال أرادوا خلط أموالهم بعقد ملفوظ أو باقتضاء، فيجوز فيها تفاوت نسب الأرباح عند الحنفية والحنابلة، قال ابن قدامة في «المغني»:

(وإن قارض اثنان واحداً بألف لهما جاز، وإذا شرطا له ربحاً متساوياً منهما جاز، وإن شرط أحدهما له النِّصف والآخر الثلث جاز، ويكون باقي ربح مال كل واحد منهما لصاحبه، وإن شرطا كون الباقي من الرِّبح بينهما نصفين لم يجز، وهذا مذهب الشَّافعي، وكلام القاضي يقتضي جوازه، وحكي ذلك عن أبي حنيفة وأبي ثور. ولنا: أن أحدهما يبقى له من ربح ماله النِّصف، والآخر يبقى له الثلثان، فإذا اشترطا التساوي فقط شرط أحدهما للآخر جزءاً من ربح ماله بغير عمل فلم يجز، كما لو شرط ربح ماله المنفرد)[١].

---

(١) المغني، لابن قدامة: ١٤٦/٥، دار الكتب العلمية ـ بيروت.

وتبيَّن بهذا أن أبا حنيفة وأبا ثور والقاضي رحمهم الله، أجازوا التفاوت في النسب فيما بين أرباب الأموال، وجعلوها شركة عقد، أما الحنابلة، فإنهم وإن كانوا يجيزون التَّفاوت في نسب الأرباح في الشَّركة، ولكن لم يجيزوا ذلك إذا أعطى هؤلاء الشُّركاء المال إلى مضارب؛ لأن التَّفاوت إنما يجوز عندهم إذا كان الشُّركاء يعملون للشَّركة، ولا عمل منهم في هذه الصورة، وإنما العمل كله من المضارب.

ولكن الإمام أبا حنيفة وأبا ثور والقاضي أجازوا التَّفاوت في هذه الصورة أيضاً؛ لأن إعطاء المال إلى المضارب وتعاملهما معه هو العمل الذي يباشره الشَّريكان للشَّركة، فليس هو من الشَّركة التي اشترط فيها العمل على أحد الشَّريكين، فجاز التَّفاوت في نسب الأرباح على الشَّرط الذي شرطه الحنفية كما في «بدائع الصنائع»[1]، وصار كما إذا اتفق الشَّريكان على أن يستأجرا رجلاً يمارس التِّجارة لهما كأجير، فعمل الشَّريكين هو الاستئجار والتَّعامل مع الأجير.

وتبيَّن بهذا أنه يجوز على مذهب الحنفية والحنابلة أن تتفاوت نسب الأرباح المستحقَّة لأرباب الأموال في المضاربة المشتركة، وعلى هذا يجوز ما تعارفه البنوك من إعطاء أوزان (weightages) مختلفة لأنواع مختلفة من الودائع.

٢ ـ العلاقةُ بَيْنَ أربابِ الأموالِ والمُضارِبِ:

أما العلاقة بين أرباب الأموال والمضارب، فهي علاقة مضاربة لا خفاء فيها، وقد ذكر الشَّافعية أنه يجوز أن تتفاوت نسبة ربح المضارب تجاه كل واحد من أرباب الأموال، بمعنى أن يكون ربح العامل من نصيب أحد منهم أقل نسبة من ربحه من نصيب الآخر. فقال البغويُّ رحمه الله:

---

(١) بدائع الصنائع، للكاساني: ٥/ ٦٢ ـ ٦٣

(ولو قارض رجلان رجلاً على ألف، فقالا: قارضناك على أن نصف الرِّبح لك والباقي بيننا على السوية، جاز. ولو قالا: على أن لك الثلث من نصيب أحدنا والرُّبع من نصيب الآخر، إن لم يبيِّنا؛ لم يجز، وإن بيَّنا نظر: إن لم يقولا: الباقي بيننا؛ صحَّ، ويكون الباقي من نصيب كل واحد له)[(١)].

وذكره الإمام النوويُّ رحمه الله بعبارة أوضح، فقال:

(ولو قالا: لك من نصيب أحدنا من الرِّبح الثلث، ومن نصيب الآخر الرُّبع، فإن أبْهَمَا لم يجز، وإن عيَّنا وهو عالم بقدر مال كل واحد جاز، إلا أن يشترطا كون الباقي بَيْنَ المالكين على غير ما تقتضيه نسبة المالين)[(٢)]

وقال ابن قدامة رحمه الله:

(وإن قارض اثنان واحداً بألف لهما جاز، وإذا شرطا ربحاً متساوياً منهما جاز، وإن شرط أحدهما له النصف والآخر الثلث جاز، ويكون باقي ربح مال كل واحد منهما لصاحبه)[(٣)].

ولم أجد هذا التصريح عند غير الشَّافعية والحنابلة في تتبعي العاجل، ولكن الظَّاهر أنه مقبول عند غيرهم أيضاً؛ لأنه لا يوجد عندهم ما يخالفه، وما دامت النِّسب المتفاوتة لا تقطع الشَّركة في الرِّبح، فإنَّها لا تنافي مقتضى العقد في الظَّاهر، والله أعلم.

---

(١) التهذيب، للبغوي: ٤/ ٣٨٢.

(٢) روضة الطالبين، للنووي: ٥/ ١٢٥، وهذا الاستثناء جار على مذهب الشافعية الذين لا يجيزون تفاوت نسب الأرباح فيما بين الشركاء؛ ومثله في نهاية المحتاج: ٥/ ٢٢٨؛ ومغني المحتاج: ٢/ ٣١٥.

(٣) المغني، لابن قدامة: ٥/ ١٤٦.

ثانياً: إدارةُ المضاربةِ من قبلِ شخصيةٍ معنويةٍ:

الأصل في الفقه الإسلامي أن يكون المضارب شخصاً حقيقيّاً، وعلى ذلك جرت تفاصيل المضاربة في كتب الفقه المعروفة، وقد حدثت في عصرنا شخصيات معنوية أو اعتبارية في صورة مؤسسات كبيرة، وقد اعترف كثير من الفقهاء المعاصرين بالشَّخصية المعنوية، وطبَّقوا عليها أحكام الشَّخص الحقيقي؛ فهل يجوز أن تكون الشَّخصية المعنوية هي المضاربة؟ والجواب في الظَّاهر: أنه لا مانع من ذلك.

وإن الشَّخصية المعنوية ـ مثل: شركة مساهمة ـ تكون مملوكة في العادة لحملة الأسهم الممثلين في الجمعية العمومية، أما إدارة نشاطاتها، فيتولاها مجلس الإدارة بواسطة المدير أو الرئيس التنفيذي، فإذا سلّمت الأموال على أساس المضاربة إلى مؤسسة مالية، فمن هو المضارب بالضبط في هذه الصورة؟ فقد يقول قائل: إن المضارب هو المدير، أو مجلس الإدارة؛ لأنه هو الذي يستثمر الأموال فعلاً، ويعمل أعمال المضاربة.

ولكن ذلك ليس بصحيح؛ لأن المدير إنما يعمل بالنيابة عن الشَّخصية المعنوية، ولا يكون هو العاقد بصفته الذَّاتية؛ لأن مجلس الإدارة يمكن له أن يعزل المدير متى شاء، وإنما العقد بيْن أرباب الأموال وبيْن الشَّخصية المعنوية، فالشَّخصية المعنوية هي المضاربة، وهذا كأن المضارب استأجر موظفاً أو أجيراً يباشر أعمال المضاربة تحت إشرافه، فالمضارب هو المستأجر، وليس الأجير.

وهذا ما انتهت إليه النَّدوة الفقهية العاشرة لمجموعة البركة في رمضان سنة (١٤١٥هـ)، وقرارها في هذا الخصوص ما يلي:

(أ ـ . . . إن المضارب في المؤسسات المالية ذات الشَّخصية الاعتبارية، التي تتسلَّم الأموال لاستثمارها على أساس المضاربة؛ هو

الشَّخص المعنوي نفسه (البنك أو الشركة)؛ لأنه هو الذي تُناط به الذِّمة المالية المستقلة التي بها يحصل الوجوب له أو عليه، وليس (الجمعية العمومية) التي تملك المؤسسة، ولا (مجلس الإدارة) الذي هو وكيل عن المالكين، ولا (المدير) الذي هو ممثل للشَّخص المعنوي.

ب ـ لا تتأثر العلاقة بين أرباب المال والمضارب في المؤسسة المالية ذات الشَّخصية الاعتبارية بالتَّغير الكبير في مالكي المؤسسة (الجمعية العمومية)، أو التَّبديل الكلِّي أو الجزئي في أعضاء مجلس الإدارة، أو تغيير المدير وأعوانه؛ لأن ذلك الحقَّ مقررٌ في النِّظام الأساسي للمؤسسة، وإذا حصل بعد التغيير إخلال بالتعدِّي أو التَّقصير، فإن في أحكام المضاربة ما يحمي أرباب الأموال بتحميل المسؤولية لمن وقع منه التَّعدِّي أو التَّقصير.

وهذا ما لم يكن هناك قيد صريح من ربِّ المال، بأن استمراره في المضاربة رهين ببقاء من كانوا في المؤسسة عند دخوله في المضاربة، من الأشخاص الطَّبيعيين كلهم أو بعضهم في الجمعية العمومية أو المجلس أو الإدارة، فتكون مضاربة مقيدة، ويملك حق الخروج بالإخلال بذلك القيد)[١]

فإذا تقرَّر أن المضارب هو المؤسسة أو البنك أو الشَّركة بصفة كونها شخصاً معنويّاً، فإن جميع التزامات المضاربة وحقوقها ترجع إلى هذا الشخص المعنويِّ، وبما أن الشَّخص المعنويَّ لا يستطيع أن يعمل فإنه يعمل من خلال موظفيه وعمَّاله، فنفقات هؤلاء الموظَّفين والعُمَّال على الشَّخص المعنويِّ، وليست على مال المضاربة، ولا يتحمَّل مال المضاربة إلَّا النَّفقاتِ التي تخصُّ عمليات الاستثمار، أما رواتب الموظفين، وصيانة

---

(١) فتاوى ندوات البركة، ص ١٨١ ـ ١٨٢، قرار: (١٠/ ١٠).

المكاتب وتأثيثها، ونفقات الكهرباء وما إليها فكلُّها على الشَّخص المعنوي، وفي عبارة المحاسبة المعاصرة: لا يتحمَّل مال المضاربة إلا النَّفقات المباشرة (Direct Expenses) للاستثمار.

أما النفقات غير المباشرة (Indirect Expenses) فكلُّها على الشخص المعنوي المضارب؛ لأنه هو العمل الذي يقوم به الشَّخص المعنوي بصفته مضارباً، ولا يستحقُّ حصته من الرِّبح إلا مقابل ذاك، وبهذا صدر قرار من الندوة الفقهية الرابعة لمجموعة البركة، ونصُّه ما يلي:

(أما المصروفات الإدارية العامة اللازمة لممارسة المصرف الإسلامي لأنشطته المختلفة، فيتحملها المصرف وحده، وذلك باعتبار أن هذه المصروفات تغطَّى بجزء من حصَّته من الرِّبح الذي يتقاضاه كمضارب، حيث يتحمل المصرف ما يجب على المضارب أن يقوم به من أعمال.

أما المصروفات عن الأعمال التي لا يجب على المضارب أن يقوم بها، فتتحمَّلها حسابات الاستثمار وفقاً لما قرره الفقهاء في أحكام المضاربة)[1]

وما قررته الندوة من كون المضارب شخصاً معنويّاً، ومن تحمله للمصروفات غير المباشرة، هو المنحى الصحيح نظراً إلى صفة المؤسسات المالية اليوم.

ثالثاً: خلطُ المضاربِ مالَه بمالِ المضاربَةِ:

إنَّ المؤسسات المالية بعد جمعها للأموال من المستثمرين ربما تدخل بعض أموالها في الوعاء، وفي كثير من البلاد يشترط عليها قانوناً أن تدخل نسبة معيَّنة في الوعاء بغرض استثمارها. ومعنى ذلك شرعاً: أن المضارب خلط ماله بمال المضاربة، وذلك جائز شرعاً إن كان بإذن ربِّ المال،

---

(١) فتاوى ندوات البركة، ص ٦١، قرار: (١/٤).

سواء كان الإذن لهذا الخلط خاصة، أو لأن يعمل المضارب برأيه كيف يشاء. قال الطَّحاوي رحمه الله:

(إذا قال للمضارب: ضُمَّ إليها ألفاً من عندك، واعمل بها مضاربة، قال أصحابنا: لا بأس به وإن شرط فضل الرِّبح للمضارب؛ لأنه عامل)[١].

وقال شمسُ الأئمة السَّرخسي رحمه الله:

(فإن كان قال له: اعمل فيه برأيك؛ فله أن يعمل جميع ذلك إلا القرض؛ لأنه فوض الأمر في هذا المال إلى رأيه على العموم، وقد علمنا أن مراده التَّعميم فيما هو من صنع التُّجار عادة، فيملك به المضاربة والشَّركة والخلط بماله؛ لأنَّ ذلك من صنع التُّجار)[٢].

وقال الإمام ابن المنذر رحمه الله:

(واختلفوا في المضارب يخلط ماله بمال المضاربة؛ فقال مالك: لا ضمان عليه، وبه قال أبو ثور وأصحاب الرَّأي إذا قال له: اعمل برأيك. وقال الشَّافعي: عليه الضَّمان)[٣].

وقال ابن قدامة رحمه الله:

(وليس له أن يخلط مال المضاربة بماله، فإن فعل ولم يتميز ضمنه؛ لأنه أمانة فهو كالوديعة، فإن قال له: اعمل برأيك جاز له ذلك، وهو قول مالك والثوري وأصحاب الرأي، وقال الشَّافعي: ليس له ذلك وعليه الضَّمان إن فعله؛ لأن ذلك ليس من التِّجارة. ولنا: أنه قد يرى الخلط

---

(١) مختصر اختلاف العلماء للطحاوي، تلخيص الإمام أبي بكر الجصَّاص: ٤/ ٦٦ مسألة (١٧١٧)، طبع دار البشائر الإسلامية ـ بيروت، سنة ١٤١٦هـ.

(٢) المبسوط، للسرخسي: ٢٢/ ٣٩ ـ ٤٠.

(٣) الإشراف في مذاهب أهل العلم، لابن المنذر: ١/ ١٠٧.

أصلح له فيدخل في قوله: (اعمل برأيك) وهكذا القول في المشاركة به ليس له فعلها إلا أن يقول: (اعمل برأيك) فيملكها)[١]

وما ذكروه من أن الشَّافعية لا يجوز عندهم الخلط، فهو فيما إذا لم يأذن بذلك ربُّ المال صراحة، أما إذا أذن صراحةً، فهو جائز عندهم أيضاً، كما هو ظاهر من تعليلهم الذي ذكره ابن قدامة رَحِمَهُ الله، وكما يظهر مما ذكره الرَّملي رَحِمَهُ الله في مسألة أخرى:

(ولو خلط ألفين له بألف لغيره ثم قال: قارضتك على أحدهما، وشاركتك في الآخر جاز وإن لم يتعيَّن ألف القراض، وينفرد العامل بالتَّصرف فيه، ويشتركان في التَّصرف في الباقي)[٢]

فظهر بهذا أن المضارب يجوز له أن يخلط مال المضاربة بماله بإذن ربِّ المال، فيكون مضارباً في حصة ربِّ المال وشريكاً له في حصته.

فما تفعله المؤسسات المالية من إدخال مالها في وعاء المضاربة المشتركة، يجوز في الشَّريعة الإسلامية إذا كان بإذن من المستثمرين، ويكفي لثبوت إذنهم أن يعلن ذلك في النَّشرة، ويدخل المستثمرون بعد الاطِّلاع عليها.

وتكون المؤسَّسة في هذه الصورة مضاربة في أموال المستثمرين، وشريكة لهم في حِصَّتها من المال، فتستحقُّ نسبة متفقاً عليها من ربح حِصَّة المستثمرين بصفة كونها مضاربة.

رابعاً: توقيتُ المضاربةِ:

إن المؤسسات الاستثمارية في عصرنا تقيِّد المضاربة بمدة معيَّنة، فهل يجوز تقييد المضاربة بزمن؟.

---

(١) المغني، لابن قدامة: ٥/ ١٦٢.

(٢) نهاية المحتاج، للرملي: ٥/ ٢٢٠، دار إحياء التراث العربي ـ بيروت؛ ومثله في مغني المحتاج، للشربيني: ٢/ ٣١٠، دار إحياء التراث العربي ـ بيروت.

اختلف فيه الفقهاء، وإن توقيت المضاربة له معنيان:

الأول: أن تقيَّد المضاربة بوقت تنتهي بحلوله.

والثاني: أن تقيَّد بوقت، بمعنى أنه لا يجوز فسخها لأحد الفريقين قبل ذلك الوقت.

أما التَّوقيت بالمعنى الأول، فمنعه أكثر الفقهاء؛ قال النَّووي رحمه الله:

(ولا يعتبر في القراض بيان المدّة... فلو وُقِّت فقال: قارضتك سنة، فإن منعه من التَّصرف بعدها مطلقاً، أو من البيع فسد؛ لأنه يخلُّ بالمقصود، وإن قال: على أن لا تشتري بعد السَّنة، ولك البيع، صحَّ على الأصح؛ لأن المالك يتمكن من منعه من الشِّراء متى شاء، بخلاف البيع، ولو اقتصر على قوله: قارضتك سنة فسد على الأصح. وعلى الثاني يجوز، ويحمل على المنع من الشِّراء استدامة للعقد)[1]

وهذا مذهب الشَّافعية، وكذلك لا يجوز التَّوقيت عند المالكية، قال ابن شاس رحمه الله:

(ولو ضيق بالتأقيت إلى سنة ـ مثلاً ـ ومنع التَّصرف بعدها فهو فاسد، مثل أن يقول: قارضتك سنة)[2]

أما الحنابلة فعندهم في ذلك روايتان، وقال المرداوي رحمه الله:

(وإن شرطا تأقيت المضاربة، فهل تفسد؟ على روايتين: إحداهما: لا تفسد، وهو الصَّحيح من المذهب، والرِّواية الثانية: تفسد، جزم به في «الوجيز» و«المنور» وقال في «الرِّعاية الكبرى»: وإن قال: ضاربتك سنة أو شهراً، بطل الشَّرط، وعنه: والعقد. قلت: وإن قال: لا تبع بعد

---

(١) روضة الطالبين: ٥/ ١٢١ ـ ١٢٢

(٢) عقد الجواهر الثمينة، لابن شاس: ٢/ ٧٩٥؛ ومثله في الشرح الصغير، للدردير: ٣/ ٦٨٧

سنة بطل العقد، وإن قال: لا تبتع بعدها؛ صحَّ كما لو قال: لا تتصرَّف بعدها)[١]

وحاصل ما انتهى إليه المرداويُّ ما ذكره الشَّافعية من أنه لا يجوز منعه من البيع بعد المدة المضروبة، ويجوز منعه من الشِّراء.

أما الحنفية، فليس من أئمتهم في ذلك رواية، واختلفت فيه تخريجات الفقهاء، قال الإمام الطَّحاوي رحمه الله:

(لم نجد عن أصحابنا توقيت المضاربة. وقياس قولهم في الوكالة: إنها لا تختص بالوقت؛ لأنهم قالوا: لو وكل رجلاً ببيع عبده اليوم فباعه غداً، جاز، وكانت الوكالة المنقطعة).

لكن قال الإمام أبو بكر الجصاص رحمه الله بعد نقل ذلك:

(هذا ليس بشيء؛ لأنهم يقولون: لو قال: بعه اليوم ولا تبعه غداً، لم يكن له بيعه غداً، وكذلك لو قال: على أن يبيعه اليوم دون غد. وقال مالك والليث والشَّافعي: إذا وقَّتها فسدت)[٢]

وحصيلة ما ذكرنا: أن بعض الحنفية والحنابلة أجازوا توقيت المضاربة، والآخرون منعوا ذلك، ولكن معنى المنع: أنه لا يجوز منع المضارب من البيع، ويجوز منعه من الشِّراء، وحاصل ذلك: أنه يمكن منعه من الدُّخول في العمليات الجديدة، ولكن لا يمنع من تصفية العمليات التي تمَّت قبل مضيِّ المدة المحدودة.

أما توقيت المضاربة بالمعنى الثاني، أن لا يجوز الفسخ قبل المدة المحدَّدة؛ فمنعه أكثر الفقهاء. قال البغوي رحمه الله:

---

(١) الإنصاف، للمرداوي: ٥/ ٤٣٠.

(٢) مختصر اختلاف العلماء، للطحاوي بتلخيص الجصاص: ٤/ ٤٠؛ وراجع أيضاً: الفتاوى الهندية: ٢/ ٣٠٢؛ وتكملة فتح القدير: ٧/ ٦٧.

(ولو قال: قارضتك على أني لا أملك الفسخ قبل شهر، فهو فاسد؛ لأنه بخلاف قضية القِراض)[١].

وقال ابن قدامة رحمه الله:

(والشُّروط الفاسدة تنقسم إلى ثلاثة أقسام: أحدها: ما ينافي مقتضى العقد، مثل: أن يشترط لزوم المضاربة، أو لا يعزله مدة بعينها)[٢].

ولكن الصَّحيح في مذهب الإمام أحمد رحمه الله أن هذا الشَّرط لا يفسد العقد، بل يفسد الشَّرط فقط[٣].

وقال الكاساني رحمه الله:

(وأما صفة هذا العقد ـ يعني: المضاربة ـ فهو أنه عقد غير لازم، ولكل واحد منهما ـ أعني: ربَّ المال والمضاربَ ـ الفسخ، لكن عند وجود شرطه؛ وهو علم صاحبه)[٤].

وقال ابن شاس المالكي رحمه الله:

(والقِراض ينفسخ بفسخ أحدهما قبل الشغل، فإذا عمل وشغَّل المال لم يكن للعامل أن يردَّه حتى ينضَّ، ولا لربه أخذه قبل نضوضه)[٥]

وهذا الذي ذهب إليه الفقهاء يقتضي أن لكل واحد من أرباب الأموال أن يفسخَ المضاربة، ويستردَّ ماله متى شاء. وسيأتي بيان ذلك في مسألة الاسترداد إن شاء الله تعالى.

خامساً: مضاربةٌ مستمرةٌ:

والأصلُ في المضاربةِ أن تضخَّ جميع الأموال في وعاء المضاربة مرة

---

(١) التهذيب، للبغوي: ٤/ ٣٨٤.

(٢) المغني، لابن قدامة: ٥/ ١٨٧

(٣) راجع: المغني: ٥/ ١٨٧؛ والإنصاف، للمرداوي: ٥/ ٤٢٣ ـ ٤٢٤.

(٤) بدائع الصنائع: ٦/ ١٠٩.

(٥) عقد الجواهر الثمينة، لابن شاس: ٢/ ٨٠٩.

واحدة، وتبقى في الوعاء إلى أن تنضَّ جميع الأموال، فيحسب الربح ويوزَّع فيما بين أرباب الأموال والمضارِب، حسب النِّسب المتفق عليها.

ولو طُبِّق هذا المبدأ على البنوك والمؤسسات الاستثمارية، لاقتضى ذلك أن لا تقبل الإيداعات في حسابات الاستثمار إلا في يوم واحد، لتبتدئ فترة جميع الودائع في وقت واحد وتنتهي في وقت واحد، وليتمكَّن البنك من تحديد الأرباح الحاصلة عليها على الأساس المعروف.

ولكن هذا الاقتراح يصعب العمل به في البنوك؛ لأن طبيعة الأعمال المصرفيَّة تقتضي أن تظلَّ عمليات السَّحب والإيداع مفتوحة لكلٍّ واحد كل يوم، وإنَّ تقييد هذه العمليات بيوم موحَّدٍ مخصوصٍ يسبِّب مشاكل كثيرة للتِّجارة السَّريعة المعاصرة، ويجعل كميات كبيرة من الأموال معطَّلة ومنعزلة عن النَّشاط التِّجاريِّ، وبما أن توجيه الأموال الفائضة إلى النَّشاط التِّجاري والصِّناعيِّ صحيح يوافق مقاصد الشَّريعة الإسلامية، فإنَّ ضرر المجتمع ببقاء هذه الأموال فاترةً ضرر ينبغي أن يزال، ولو قيَّدنا المُودِعين بتاريخ معيَّن، فمعنى ذلك أنه إن أراد الإيداع قبل ذلك التَّاريخ، فإنه يودعه في الحساب الجاري، فينتفع به البنك ولا ينتفع به المُودِعون.

سادساً: توزيعُ الأرباحِ على طريقِ النِّمَرِ:

وقد يوجد حلٌّ هذه المشكلة فيما يسمَّى في عرف المحاسبة المعاصر: حساب الإنتاج اليومي (Daily Products)، وقد يعبَّر عنه بحساب النِّمَر، ومعنى استخدام هذا الطَّريق في الشَّركة أو المضاربة، أن عند نهاية كل فترة يحدَّد إجماليُّ مبالغ الرِّبح الحاصلة على جميع الأصول المستثمرة، ثم تُقسم هذه المبالغ على الأموال المستثمرة، وعلى مجموع أيام الفترة الحسابية، بحيث يعرف قدر ما ربحته وحدة نقدية واحدة كالرُّبية الواحدة كل يوم، وإن كلّ واحد من الشُّركاء يعطى على كل واحدة من ربيته ربح الأيام التي ظلت فيها الرُّبية مصروفة في حساب الاستثمار، فإذا كانت

الرُّبية الواحدة مصروفة في حساب الاستثمار لمدة أكثر، يوزع عليها ربح أكثر، وإن كانت الرُّبية الواحدة مصروفة لمدة أقلّ فإنها تحصل على ربحٍ أقلَّ.

مثاله: لو دلَّ حساب الإنتاج اليومي أن ربية واحدة قد ربحت فلساً واحداً كل يوم، فالرِّبح الحاصل على الرُّبية المستثمرة لمئة يوم مئةُ فلس، سواء أكانت هذه المئة يوم متوالية أو متفرقة، فمن بقيت ربيته الواحدة مصروفة في الاستثمار بمقدار مئة يوم متوالية أو متفرقة من الفترة الحسابية، فإنه يستحقُّ مئة فلس من الرِّبح، ومن كانت ربيته الواحدة مصروفة بمقدار مئتي يوم، أو من كانت ربيتاه مصروفتين بمقدار مئة يوم، فإن كل واحد منهما يستحقُّ مئتي فلس.

وهكذا يظلّ المستثمرون يسحبون ما شاؤوا من المبالغ في أثناء الفترة، ويودعون ما شاؤوا مرّة أخرى، وإن حقَّهم في الرِّبح إنما يتعيَّن على أساس مجموع الأيام التي بقيت فيها أموالهم مصروفة في الاستثمار[١].

هذا هو الحلّ الوحيد الذي يبدو عمليّاً في طريق الأرباح على الودائع الاستثمارية في المصارف الإسلامية، ولكنه يحتاج إلى تكييف شرعيٍّ تقبله طبيعة الفقه الإسلامي، ونظراً إلى التَّصور المعروف للشَّركة أو المضاربة في الفقه، فإن هناك عدَّةَ إشكالات في سبيل تطبيقه في الشركة والمضاربة:

١ ـ معرفة الرِّبح الحقيقي تتوقف ـ حسبما ذكره الفقهاء ـ على تنضيض جميع موجودات الشَّركة، حتى إن اقتسام الربح قبل التَّنضيض يعتبر كالمدفوع تحت الحساب، ويبقى تابعاً للتَّصفية النِّهائية بعد

(١) راجع لطريق هذه المحاسبة وأمثلته: محاسبة الشركات والمصارف في النظام الإسلامي، ص ١٧٩ ـ ١٨١، طبع القاهرة، سنة ١٤٠٤هـ.

التنضيض، أما في العمليات المصرفية، فلا يتصور التَّنضيض الكليُّ حتى في نهاية السنة؛ لأن عمليات التَّمويل لا تزال فيها جارية بصفة مستمرة كل يوم.

وحلُّ هذه المشكلة فيما يظهر لي ـ والله أعلم ـ أن يُصفَّى حساب الشَّركة في نهاية كلِّ سنة أو كلِّ فترة استثمارية كشهر مثلاً، على أساس التَّنضيض التقديري، وهو التقويم، وحاصل ذلك: أن جميع الأعيان التي يملكها البنك في نهاية السنة من خلال عمليات التمويل، يشتريها مساهمو البنك من سلَّة الودائع الاستثمارية، وتضاف قيمتها إلى الأموال النَّاضّة، ويوزّع الربح على ذلك الأساس، وتنتهي عقود المضاربة والشركة لتلك السنة.

وفي بداية السنة الجديدة تعقد الشَّركة بين المودِعين والمساهمين من جديد، وتعتبر قيمة الأعيان المذكورة حصةً من رأس مال المساهمين لهذه الشركة الجديدة؛ لأنهم يُشغلونها لصالح السَّلَّة الاستثمارية مرة أخرى بعد أن دفعوا قيمتها إلى السَّلة الاستثمارية، وملكوها.

وغاية الأمر أن تلزم منه الشركة بالعُروض، ولكن ذلك جائز عند المالكية وبعض الحنابلة على أساس القيمة مطلقاً، وعند الشافعي رَحِمَهُ اللهُ: إن كانت من ذوات الأمثال[(١)]، وعند الحنفية: إن اختلطت العُروض بعضها ببعض[(٢)]، ولا بأس بالأخذ بقول المالكية في هذه المسألة، للتيسير على الناس[(٣)].

٢ ـ إن طبيعة المضاربة والشركة التقليدية تقتضي أن تكون جميع الأموال مدفوعة في وقت واحد إلى التِّجارة المشتركة، حتى ذكر بعض

---

(١) المغني، لابن قدامة: ٥/ ١٢٤ ـ ١٢٥.

(٢) بدائع الصنائع، للكاساني: ٦/ ٥٩.

(٣) راجع: إمداد الفتاوى، للشيخ أشرف علي التهانوي رَحِمَهُ اللهُ: ٣/ ٤٩٥.

الفقهاء أنه لو دفع ربُّ المال مالاً آخر بعد تشغيل الأول، لم تَجُزِ المضاربة في المال الثاني، قال النوويُّ رحمه الله:

(لو دفع إليه ألفاً قِراضاً، ثم ألفاً، وقال: ضُمَّه إلى الأول، لم يَجُزِ القِراض في الثاني، ولا الخلط؛ لأن الأول استقرَّ حكمه بالتَّصرف ربحاً وخسراناً، وربح كلّ مال وخسرانه يختص به)[١]

وهذا إذا كان المالان جميعاً لرجل واحد، أما إذا كان المالان لرجلين مختلفين فالحكم كذلك عند هؤلاء الفقهاء بالطريق الأولى؛ لأن المنافع متفاوتة.

أما الودائع المصرفية، فلا تُدفع إلى البنك في وقت واحد، ولا تشغّل في الأعمال الاستثمارية إلا في أوقات مختلفة، فلا يمكن تطبيقها على هذا القول.

ولكن يظهر من كلام الحنفية أنه لا بأس بخلط مالين دُفعا إلى المضارب على التَّرادف، إذا كانت المضاربة مطلقة، بحيث قال ربُّ المال للمضارب: (اعمل برأيك)، جاء في «المحيط البرهاني»:

(قال محمد رحمه الله: ومن دفع إلى غيره ألف درهم مضاربة بالنصف، ثم دفع إليه ألف درهم أخرى مضاربة بالنصف أيضاً، فخلط المضارب الألف الأولى بالثانية، فالأصل في جنس هذه المسائل: أن المضارب متى خلط مال ربِّ المال بمال ربِّ المال لا يضمن. . .

فإن قال له ربُّ المال في المضاربتين جميعاً: اعمل فيه برأيك، فخلط أحدهما بالآخر، فإنه لا يضمن واحداً من المالين سواء خلطهما قبل أن يربح في المالين، أو بعدما ربح في المالين، أو بعدما ربح في أحدهما دون الآخر؛ لأنه في بعض هذه الفصول خلط مال ربِّ المال بمال ربِّ

(١) روضة الطالبين: ٥/ ١٤٨.

المال، وإنه لا يوجب ضماناً على المضارب، وإن لم يقل له: (اعمل فيه برأيك)، فإذا قال له ذلك فيهما، أولى أن لا يضمن، وفي بعض هذه الفصول خلط مال ربِّ المال بمال نفسه، وهو حصته من الرِّبح، إلا أنه أذن له ربُّ المال بهذا الخلط لما قال له: (اعمل برأيك)، ألا ترى أنه لو خلطهما بمال آخر خاصٍّ للمضارب لم يضمن، فلأن لا يضمن وقد خلطهما بمال مشترك بينه وبين ربِّ المال، وهو حصته من الرِّبح، أولى)[1].

وهذا يدل على أنه متى أذن أرباب الأموال بخلط مالهم بأموال تترادف على الوعاء صارت كلها داخلة في وعاء المضاربة، ولاسيما في صورتنا المبحوث عنها؛ حيث إن هذا الوعاء إنما ينشأ من أجل هذا الغرض، والله سبحانه أعلم.

ثم قد يُشْكِل على هذا أن الذي يدخل الوعاء في أثناء الفترة لم يكن شريكاً في بدايتها، فكيف يكون شريكاً في الربح الذي يشتمل على ربح تلك الفترة التي لم يكن هو شريكاً فيها؟ ويمكن أن يجاب عن هذا الإشكال بأنه إذا حصلت الشَّركة بخلط الأموال، فلا ينظر فيها إلى مال كل أحد على الانفراد.

ونظير ذلك: ما ذكره الكاساني رحمه الله: أنه يجوز الاشتراك في الربح، وإن اشترى كل واحد بمال نفسه على حدة، يقول الكاساني رحمه الله:

(واختلاط الربح يوجد إن اشترى كل واحد منهما بمال نفسه على حدة؛ لأن الزيادة وهي الرِّبح، تحدث على الشركة... حتى لو هلك بعد الشِّراء بأحدهما، كان الهالك من المالين جميعاً؛ لأنه هلك بعد تمام العقد)[2]

(١) المحيط البرهاني، كتاب المضاربة، الفصل الثامن عشر: ١٨/ ٢١٥.

(٢) بدائع الصنائع: ٦/ ٦٠.

ونظيره الثاني في شركة الأعمال، فإنه إن غاب أحد الشَّريكين أو مرض، ولم يعمل، وعمل الآخر، فالربح بينهما على ما اشترطا، كما في «المبسوط» للسَّرخسيِّ[١]

وكذلك في شركة الوجوه، لا يشترط أن تؤثر وجاهة كل واحد منهما في كل عملية، كما في «بدائع الصنائع»[٢]

واستدل الكاساني ﷺ على جواز هذين النَّوعين بقوله:

(ولنا: أن الناس يتعاملون بهذين النَّوعين في سائر الأعصار من غير إنكار عليهم من أحد، وقال عليه الصَّلاة والسَّلام: «**لا تجتمع أمتي على ضلالة**»، ولأنهما يشتملان على الوكالة، والوكالة جائزة، والمشتمل على الجائز جائز، وقوله: إن الشَّركة شرعت لاستنماء المال فيستدعي أصلاً يُستنمى، فنقول: الشَّركة بالأموال شُرعت لتنمية المال، وأما الشركة بالأعمال أو بالوجوه، فما شُرعت لتنمية المال بل لتحصيل أصل المال، والحاجة إلى تحصيل أصل المال فوق الحاجة إلى تنميته، فلما شُرعت لتحصيل الوصف فلأن تشرع لتحصيل الأصل أولى.

وكذا بُعث رسول الله ﷺ والنَّاس يتعاملون بهذه الشَّركة، فقرَّرهم على ذلك، حيث لم ينههم ولم يُنكر عليهم، والتَّقرير أحد وجوه السُّنة، ولأن هذه العقود شُرعت لمصالح العباد، وحاجتهم إلى استنماء المال متحققة. وهذا النَّوع طريق صالح للاستنماء فكان مشروعاً، ولأنه يشتمل على الوكالة، والوكالة جائزة إجماعاً)[٣]

ثم إن جواز التَّفاوت في نسب الشُّركاء بغير نسبة رؤوس أموالهم يدل

---

(١) المبسوط، أوائل كتاب الشركة: ١١/ ١٥٧

(٢) بدائع الصنائع، كتاب الشركة: ٥/ ٨٧.

(٣) المصدر السابق: ٦/ ٥٨.

على ذلك أيضاً؛ لأن الزائد من الربح المشروط على أحدهم ليس في مقابلة رأس ماله.

فتبيَّن بهذه النظائر أنه لا يجب شرعاً أن يكون ربح كل واحد من الشركاء مبنيّاً على ما حصل من مساهمته المالية أو العملية فعلاً، بل يجوز أن يتَّفقا على أساس آخر لتوزيع الربح بينهما، والفارق بين هذه النَّظائر وبين التوزيع على حساب النِّمَر: أن الشركاء في النَّظائر المذكورة يعقدون الشركة فيما بينهم منذ بداية العملية، وأما في حساب النِّمَر، فقد يأتي بعض الشركاء بعد بداية العقد بين بعضهم، ولكن تقلّ نسبته من الربح بنسبة الفترة التي لم يكن هو شريكاً فيها، فينجبر هذا بذاك.

ولنضرب لذلك مثالاً بسيطاً، ولنفرض أن زيداً وعَمراً، لهما تجارة مشتركة، وأنهما يصفِّيان الحساب في أول رمضان كل سنة، ويأتي بكرٌ قبل ستة أشهر من أول رمضان، ويريد أن يشاركهم في هذه التِّجارة ويضُخّ فيها مالاً بقدر ثلث قيمتها، حتى يكون شريكاً لهم بالثلث، وأن هؤلاء يتراضون بينهم على أن بكراً يستحق سُدس ربح التِّجارة في هذه السنة، وأنه وإنْ كان شاركهم بثلث المال واستحقَّ ثلثاً من الرِّبح، ولكنه يُنقص ربحه في هذه السنة إلى السُّدس، لكونه شاركهم ستة أشهر فقط، وليس لكامل السَّنة.

فلا يبدو أن فيه محظوراً شرعيّاً في هذا التراضي، وإنه موافق للمبدأ المعروف: (الربح بينهما على ما شرطا، والوضيعة على قدر المالين).

٣ ـ والإشكال الثالث في هذا الطريق: أنه لا يعرف مقدار رأس المال في بداية الفترة، ولكن لا يشترط العلم بمقدار رأس المال وقت العقد عند الحنفية. يقول الكاساني رحمه الله:

(ولنا: أن الجهالة لا تمنع جواز العقد لعينها، بل لإفضائها إلى المنازعة، وجهالة رأس المال وقت العقد لا تفضي إلى المنازعة؛ لأنه

يعلم مقداره ظاهراً وغالباً؛ لأن الدَّراهم والدَّنانير توزنان وقت الشراء، فيعلم مقدارها، فلا يؤدي إلى جهالة مقدار الربح وقت القسمة)[١]

وعلى هذا، فلو اتَّفق الشُّركاء على أساس الإنتاج اليومي لتوزيع الربح بينهما، فإن ذلك لا يبدو مصادماً لنصّ من نصوص الشَّريعة الإسلامية، وإنما هو طريق حسابيّ مخصوص لجأ إليه الشركاء لفقدان أساس عمليّ آخر في شركة جماعية مستمرة، والمسلمون على شروطهم إلا شرطاً أحل حراماً أو حرّم حلالاً.

سابعاً: الاسترداد:

إنّ توزيع الأرباح على طريق النِّمَر للفترة الكاملة، إنما يمكن إذا كان حساب المرء في البنك مفتوحاً؛ بمعنى: أن يكون له مبلغ في حساب الاستثمار طيلة فترة الحساب، وإن كان هذا المبلغ يزيد وينقص بالسَّحب والإيداع مرة بعد أخرى، أما إذا أراد المرء أن يُغلق حسابه بسحب جميع مبلغه في حساب الاستثمار قبل نهاية الفترة، فهذا هو الاسترداد.

وحكم هذا الاسترداد أنه إن كان حساب الاستثمار يشتمل على نقود وديون فقط، فلا سبيل إلى الاسترداد النِّهائي قبل انتهاء فترة المضاربة، وغاية ما يمكن للمصارف الإسلامية أن يردُّوا إليه كامل مبلغه مع شيء من الرِّبح المتوقَّع، ولكن لابد أن يظلّ هذا الدفع خاضعاً للتَّصفية النِّهائية في آخر الفترة، حيث يتم عندئذ حساب الأرباح والخسائر بطريق النِّمَر، فإن كان المبلغ المدفوع ناقصاً من حقه حسب الحساب النِّهائي، دُفع إليه مبلغ زائد لجبر ذلك النقصان، وإن كان زائداً على حقه، استُردَّ منه القدر الزائد.

وأمّا إن كان حساب الاستثمار مشتملاً على أعيان وموجودات، أو

---

(١) بدائع الصنائع، كتاب الشركة: ٦/ ٦٣.

على خلطة من الأعيان والنقود والديون، والغالب فيها أعيان[١]، فيمكن الاسترداد النِّهائي قبل انتهاء الفترة، وذلك بأن يشتري الوعاء حصته في الوعاء ويمكن أن تتحدَّد قيمة الشِّراء على أساس الرِّبح أو الخسارة المتوقعة إلى ذلك اليوم، وإن شراء المضارب مال المضاربة عند التَّصفية ليس أمراً غريباً، وإنما ذكره الفقهاء أيضاً، يقول الإمام الطَّحاوي ﷺ في بيان فسخ المضاربة من قبل ربِّ المال:

(وإن كان في تلك العروض فضل، أُجبر المضارب على بيعها على المضاربة، حتى يستوفي ربُّ المال رأسَ ماله، ويكون الفضل ـ إن كان ـ بينهما على ما اشترطا، إلا أن يشاء المضارب أن يُعطِيَ ربَّ المال رأسَ ماله وحصته من الرِّبح، ويحبس العُروض لنفسه، فلا يكون لربِّ المال الامتناع عنه)[٢]

ولا يجوز أن يلتزم البنك شراء حصة صاحب الحساب بمبلغ الإيداع أو القيمة الاسمية؛ لأنه ضمان لرأس المال، وإنما تقدَّر قيمة الشِّراء في حينه على أساس تقويم الوعاء، أو على أساس الربح أو الخسارة المتوقعة برضا الطَّرفين، وينطبق على ذلك ما جاء في قرار مجمع الفقه الإسلامي بشأن (سندات المقارضة وسندات الاستثمار)، ونصُّ القرار في هذا الخصوص ما يلي:

(لا يجوز أن تشتمل نشرة الإصدار ولا صكُّ المقارضة الصَّادر بناء

---

(١) هذا الشرط مبني على ما ذهب إليه مجمع الفقه الإسلامي في قراره: ٣٠ (٥/ ٤) بشأن سندات المقارضة. أما على قول الحنفية، فمقتضى قولهم في مسألة (مدّ عجوة): أنه يجوز البيع فيما إذا كان بعض أصول الخلط عروضاً، سواء كان أكثر موجوداتها نقوداً وديوناً، بشرط أن تكون القيمة زائدة على حصة النقود والديون صرفاً للزائد إلى العروض.

(٢) الشروط الصغير، للطحاوي: ٢/ ٧٣١، مطبعة العاني ـ بغداد.

عليها على نص يلزم بالبيع، ولو كان معلقاً أو مضافاً للمستقبل، وإنما يجوز أن يتضمَّن صكُّ المقارضة وعداً بالبيع؛ وفي هذه الحالة لا يتم البيع إلا بعقد بالقيمة المقدَّرة من الخبراء، وبرضا الطرفين)[١]

وقد أوضحت طريق تقدير القيمة في بحثي المعروض على المجمع بشأن (سندات المقارضة)[٢]

● **الخلاصة:**

خُلاصة ما توصلت إليه في بحثي هذا هو ما يلي:

١ ـ كما يجوز أن تكون المضاربة مع ربِّ المال الواحد، وهي المضاربة الفردية، كذلك يجوز أن يكون للمضارب الواحد عدة من أرباب الأموال، ولا حصر لعددهم شرعاً، وهذا ما نسميه (المضاربة المشتركة) أو (المضاربة الجماعية).

٢ ـ إن المضاربة المشتركة أو الجماعية تُنشئ علاقتين:

العلاقة الأولى: هي علاقة أرباب الأموال فيما بينهم، وهي علاقة شركة العقد.

والعلاقة الثانية: بين مجموع أرباب الأموال والمضارب، وهي علاقة مضاربة.

٣ ـ بما أن علاقة أرباب الأموال بعضهم ببعض هي علاقة شركة العقد، وإن عملهم في الشركة هو تعاملهم مع المضارب، فيجوز على

---

(١) قرار رقم: ٣٠ (٥/ ٤) من قرارات مجمع الفقه الإسلامي في دورته الرابعة، المنعقدة بجدة سنة ١٤٠٨هـ.

(٢) بحوث في قضايا فقهية معاصرة، لمحمد تقي العثماني، ١/ ٢٣٧ ـ ٢٣٩، طبع دار القلم ـ دمشق؛ والعدد الرابع من مجلة المجمع. وأوضحت ذلك أيضاً في كتابي الإنكليزي: An Intruduction to Islamic Finance p. 63 to 65.

مذهب الحنفية وبعض الحنابلة: أن تتفاوت نسب أرباحهم، ولا يجب أن تكون مساوية لنسبة استثمارهم في الوعاء.

٤ ـ وكذلك يجوز على مذهب الشَّافعية والحنابلة أن تكون نسبة ربح المضارب تجاه ربِّ مال واحد مختلفة من ربحه تجاه ربِّ مال آخر.

٥ ـ كما يجوز أن يكون المضارب شخصاً حقيقيّاً، يجوز أن يكون شخصاً معنويّاً، وفي هذه الحالة التزامات المضارب وحقوقه ترجع إلى هذا الشخص المعنوي، ولا ترجع إلى الجمعية العمومية، أو إلى مجلس الإدارة، أو إلى المدير، وإن هذا الشخص المعنوي يبقى بصفته مضارباً ولو وقع أيّ تغيير في الأشخاص الحقيقيين في مجلس الإدارة وغيره.

٦ ـ إن كانت المؤسَّسة المالية هي المضاربة بصفتها شخصاً معنويّاً، فإن النَّفقات غير المباشرة لهذه المؤسَّسة، مثل: رواتب الموظَّفين، ونفقات المكتب، والكهرباء وما إلى ذلك، تتحمَّلها المؤسَّسة كمضارب، ولا تُحمَّل هذه النَّفقات على وعاء المضاربة، أما النَّفقات المباشرة؛ فهي التي تكون على وعاء المضاربة.

٧ ـ لا يجوز عند جمهور الفقهاء توقيت المضاربة؛ بمعنى: أن لا يجوز للمضارب بعد المدة بيع الأصول الموجودة في الوعاء، ويجوز التوقيت بمعنى: أن لا يدخل في العمليات الجديدة.

٨ ـ لا يجوز عند جمهور الفقهاء أن تلزم المضاربة على الفريقين لمدة محددة، بحيث لا يمكن لأحد الفريقين فسخها قبل تلك المدة.

٩ ـ إن المضاربة المشتركة المستمرَّة التي تظل فيها عمليات السَّحب والإيداع مفتوحة لكل واحد كل يوم، وتتوزع فيه الأرباح بحساب النِّمَر نوع جديد من الشَّركة، وبما أنه لا يصادم المبادئ الأساسية للشَّركة والمضاربة، وتحقق بعض المصالح المطلوبة فينبغي أن يحكم بجوازها.

١٠ ـ إن كان وعاء المضاربة مشتملاً على نقود وديون فقط، فلا

يجوز لأحد من أرباب الأموال أن يستردَّ ماله نهائيّاً قبل التَّصفية، وما يدفع إليه يعتبر دفعة تحت الحساب، ويكون خاضعاً للتَّصفية النِّهائية.

١١ ـ أما إذا كان وعاء المضاربة مشتملاً على أعيان، وهي غالبة، أو بقدر يعتدُّ به على أصل الحنفية في مسألة (مدِّ عجوة)، فيجوز الاسترداد بأن يشتري الوعاء حصة ربِّ المال الذي يريد الخروج، ولكن يجب أن يكون سعر الشراء يتعيَّن في حينه على أساس تقويم الوعاء، أو على أساس الربح أو الخسارة المتوقَّعة، ولا يجوز التزام الوعاء شراء الحصة بقيمتها الاسمية؛ لأنه يؤدي إلى ضمان رأس المال.

والله ﷻ أعلم، وعلمه أتم وأحكم، وآخر دعوانا أن الحمد لله ربِّ العالمين.



(١٧)

عقود التَّوريد والمناقصة

بحثٌ عُرِض على مجلس مجمع الفقه الإسلامي، في الدورة الثانية عشرة بمدينة الرياض، في شهر شوال (١٤٢٠هـ).

* * *



١٧

عقود التَّوريد والمناقصة

أولاً: عقود التوريد:

الحمد لله ربِّ العالمين، والصَّلاة والسَّلام على رسوله الكريم، وعلى آله وأصحابه أجمعين، وعلى كلٍّ من تبعهم بإحسان إلى يوم الدِّين.

أما بعد: فإن عقد التَّوريد عبارة عن اتِّفاقية بين الجهة المشترية والجهة البائعة، على أن الجهة البائعة تورِّد إلى الجهة المشترية سلعاً أو موادَّ محدّدة الأوصاف في تواريخ مستقبلية معينة، لقاءَ ثمن معلوم متَّفق عليه بين الفريقين.

وبما أن الاتِّفاقية تنصّ على أن الجهة البائعة تسلِّم المبيع في تاريخ لاحق، وأن الجهة المشترية تدفع الثمن بعد التسلُّم، فالبدلان في هذه الاتفاقية مؤجَّلان.

وإنما تحتاج المؤسَّسات التِّجارية إلى مثل هذه العقود؛ ليمكن لها تخطيط نشاطاتها التِّجارية، فإن ذلك لا يتيسَّر إلا بالتزام تعاقدي غير قابل للنَّقض، يتم به الحصول على السلع أو المواد المطلوبة الأخرى في أوقات محددة في المستقبل.

وبما أن البدلين في هذا العقد مؤجل كلاهما، فقد يُستشكل هذا العقد من النَّاحية الشَّرعية بأنه بيع كالئ بكالئ، أو أنه بيع ما لا يملكه الإنسان! ومن هذه النَّاحية يجب دراسة هذا الموضوع بدقَّة.

فإن كان محلَّ عقد التوريد شيءٌ يحتاج إلى صناعة، فيمكن تقعيده

على أساس الاستصناع، وقد صدر قرار من مجمع الفقه الإسلاميّ بجوازه[١].

أما إذا كان محلّ التَّوريد شيءٌ لا يحتاج إلى صنعة، فهو محلُّ البحث، ويتأتَّى فيه الإشكال من الجهات الآتية:

١ ـ هو عقد مضاف إلى المستقبل، ومنعه جمهور الفقهاء.

٢ ـ هو عقد يتأجَّل فيه البدلان، فيصير بيعَ الكالئ بالكالئ، وقد ورد في منعه حديثٌ عمل به جمهور الفقهاء.

٣ ـ إن محلّ التّوريد في كثير من الأحوال لا يملكه البائع عند العقد، فيصير بيعاً لما لا يملكه الإنسان، وهو ممنوع بنصِّ الحديث.

٤ ـ إن محلّ التَّوريد قد يكون معدوماً، فيصير بيعاً للمعدوم، وقد منعه جمهور الفقهاء.

وقد رأى بعض المعاصرين أن يُفتي بجواز هذا العقد، بالرغم من كونه مخالفاً للأصول المذكورة، وذلك على أساس الحاجة العامة التي تنزل منزلة الضرورة، ولأنه ليس في هذا العقد ما يؤدِّي إلى الرِّبا أو القمار أو الغرر الفاحش، الذي هو علّة لمنع بيع الكالئ بالكالئ، وبيع المعدوم وغيره.

ولكن هذا الرأي فيه نظر من وجوه، ولو فتحنا باب غضّ النّظر عن هذه المبادئ التي استمرَّ عليها الفقه الإسلاميُّ عَبْرَ القرون، فإنّ ذلك يفتح المجال لإباحة كثير من العقود الفاسدة، التي ابتدعتها السُّوق الرأسمالية، مثل: المستقبليَّات وغيرها.

والواقع في نظري أن اتِّفاقية التَّوريد لا تعدو من الناحية الشرعية من

---

(١) قرار رقم: (٦٦/ ٣/ ٧)، من الدورة السابعة للمجمع، المنعقدة في جدة سنة ١٤١٢هـ.

أن تكون تفاهماً ومواعدة من الطرفين، أمّا البيع الفعليّ فلا ينعقد إلا عند تسليم المبيعات؛ فالإشكال الوحيد إذن هو في جعل هذه المواعدة لازمة.

وقد صدر قرار من مجمع الفقه الإسلاميّ في موضوع لزوم الوعد على هذا الأساس؛ بأن الوعد إنما يجوز الإلزام به إذا كان من طرف واحد، أما إذا كانت المواعدة من الطرفين، فإنها لا تلزم[١]، ولكن يوجد عند بعض الفقهاء القول بلزوم المواعدة عند الحاجة، ولذلك نظائر في الفقه:

أما النَّظير الأول: فهو بيع الوفاء، وقال فيه قاضي خان من الحنفية:

(واختلفوا في البيع الذي يسمّيه الناس بيع الوفاء أو بيع الجائز. قال أكثر المشايخ، منهم السيد الإمام أبو شجاع والقاضي الإمام أبو الحسن السَّغديّ: حكمه حكم الرهن... والصحيح أن العقد الذي جرى بينهما إن كان بلفظ البيع لا يكون رهناً، ثم ينظر إن ذكرا شرط الفسخ في البيع فسد البيع... وإن ذكرا البيع من غير شرط، ثم ذكرا الشرط على وجه المواعدة جاز البيع، ويلزمه الوفاء بالوعد؛ لأن المواعدة قد تكون لازمة، فتجعل لازمة لحاجة النّاس)[٢]

وبمثله أفتى بعض علماء المالكية في بيع الوفاء الذي يُسمَّى عندهم بيع الثُّنيا أو بيع الثَّنايا، فإنه لا يجوز عندهم في الأصل، ولكن إذا وقع البيع مطلقاً من هذا الشرط، ثم وعد المشتري البائع بأنه سوف يبيعه إن جاءه بالثمن، فإن الوعد صحيح لازم، قال الحطّاب رحمه الله:

(قال في «معين الحكام»: ويجوز للمشتري أن يتطوَّع للبائع بعد العقد بأنه إن جاء بالثمن إلى أجل كذا، فالمبيع له. ويلزم المشتري متى جاء

---

(١) راجع: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الخامس: ٢/ ١٥٩٩، قرار رقم (٢، ٣) من الدورة الخامسة المنعقدة بالكويت سنة ١٤٠٩هـ.

(٢) الفتاوى الخانية، بهامش الفتاوى الهندية: ٢/ ١٦٥، فصل في الشروط المفسدة في البيع.

بالثمن في خلال الأجل، أو عند انقضائه، أو بعده على القرب منه، ولا يكون للمشتري تفويت في خلال الأجل، فإن فعل ببيع أو هبة أو شبه ذلك نقض إن أراده البائع وردّ إليه)(١).

وقد يُستشكل هذا القياس بأن الوعد في بيع الوفاء لازم على طرف واحد، وهو المشتري الأول، وليس على البائع، فإنه يسع للبائع الأول أن لا يشتري حتى يمضي الأجل، ولكن المقصود من هذا التَّنظير أن الفقهاء اعتبروا حاجات الناس في إلزام ما لم يكن لازماً في الأصل.

وإن عبارة قاضي خان ﷺ بصفة خاصة صريحة في أن المواعدة يمكن أن تجعل لازمة لحاجة الناس، والمواعدة إنما تكون من الطَّرفين، فتبيَّن أنه لا بأس بجعلها لازمة عند الحنفية لحاجة النَّاس.

ولاشك أنَّ الحاجة في إلزام المواعدة ظاهرة، ليس في عقود التَّوريد فقط، بل في كثير من أنواع التجارة المعاصرة، ولاسيما في التِّجارة الدولية، فإنه لا يمكن في كثير من الحالات أن يقع البيع على سلع موجودة متعيّنة عند إبرام اتفاقية البيع، فكثيراً ما تريد جهة أن تشتري كمية كبيرة من سلعة، يحتاج البائع لتوفيرها إلى وقت، ولكنْ من صالح الطرفين أن تكون بينهما اتفاقية ملزمة للطرفين غير قابلة للنّقض؛ لأنّه لو تُرِك الأمر بيد كلِّ فريق أن يمتنع من إبرام البيع كلَّما شاء، لتضرَّر به الفريق الآخر ضرراً بيِّناً.

فمثلاً: أبدى المشتري رغبة في شراء ألف طنّ من حديد، وإنّ البائع لا يوجد عنده الحديد بهذه الكمية، فاتفق مع المشتري أنه سوف يوفِّره لتاريخ معين بعد أسبوع مثلاً، ووعد المشتري بأنه سوف يشتريه في ذلك التاريخ، وإنّ البائع ـ اعتماداً على وعده ـ أنفق مبالغ باهظة للحصول على هذه الكمية من الحديد، وصرف جهده ووقته، وإنه استطاع بعد هذا الجهد

(١) تحرير الكلام في مسائل الالتزام، للحطاب، ص ٢٣٣.

أن يوفِّر الحديد في التاريخ المتَّفق عليه، فلمّا عرضه على المشتري، امتنع المشتري من إبرام الشِّراء، فلو لم يكن وعد المشتري ملزماً، تضرَّر به البائع ضرراً بيِّناً، فإنه لم يتكبَّد هذا الجهد، ولم ينفق هذه المبالغ الخطيرة إلا لهذا المشتري، وربّما لا يوجد من يشتري منه ذلك النوع من الحديد بهذه الكمية الكبيرة، فرفض المشتري من شرائه يضيّع ماله ووقته وجهده، ويسبب له خسائر لا تُتحمَّل.

وفي جانب آخر: لو لم يكن وعد البائع ببيع هذا الحديد ملزماً، ربّما يتضرر به المشتري، وذلك أنه لمَّا وعده البائع بتوفير هذه الكمية من الحديد، فإنه يمسك عن طلبها من تاجر آخر اعتماداً على وعد البائع، في حين أنه يحتاج إليها في التاريخ المتفق عليه، فلو أخل البائع بوعده، وامتنع من توفير الحديد في ذلك التاريخ، فإن المشتري لا يمكن له أن يحصل على هذه الكمية في ذلك التاريخ، وإنه يحتاج إلى أن يطلب تاجراً آخر يتَّفق معه لتوفير الكمية المطلوبة خلال الأسبوع القادم، مع أنه يحتاج إليها في هذا الأسبوع.

ثم عدم إلزام الوعد يجري على التاجر الجديد أيضاً، فيمكن أن يمتنع هو عن إبرام البيع، كما امتنع البائع الأول، فلا سبيل إلى اطمئنان المشتري بتوفُّر الكمية المطلوبة في أيّ تاريخ مستقبل إلا بأن يكون الوعد ملزماً على البائع؛ فمن صالح كلتا الجهتين أن يكون وعد كلٍّ منهما وعداً ملزماً، وفي جَعْل هذه المواعدة غير ملزمة لأحد من الطرفين حَرَجٌ بيِّن كما أسلفنا.

وقد ذكر الإمام أبو بكر الجصَّاص في تفسير قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لِمَ تَقُولُونَ مَا لَا تَفۡعَلُونَ﴾ [الصف: ٢] ما نصّه:

(يحتج به في أن كلَّ من ألزم نفسه عبادة أو قربة، وأوجب على نفسه عقداً؛ لزمه الوفاء به، إذ ترك الوفاء به يوجب أن يكون قائلاً ما لا يفعل،

وقد ذمّ اللهُ فاعلَ ذلك. وهذا فيما لم يكن معصية؛ فإن إيجابها في القول لا يلزم الوفاء بها، وإنما يلزم ذلك فيما عقده على نفسه ممَّا يتقرب به إلى الله ﷻ، مثل: النذور، وفي حقوق الآدميين: العقود التي يتعاقدونها)[١].

وظاهر آخر هذه العبارة يدل على أن الوعود يجب إيفاؤها إذا كانت متعلِّقة بالعقود التي يتعاقد بها الناس، وإن كانت الوعود من الطَّرفين.

وقد يُستشكل هذا: بأنه إذا جعلنا المواعدة من الطرفين لازمة، فلا يبقى هناك فرق بين هذه المواعدة اللَّازمة على الطرفين وبين البيع المضاف إلى المستقبل الذي اتفق الأئمَّة الأربعة على عدم جوازه.

والجواب: أن المواعدة ليست عقداً باتّاً، وإنَّما هي موافقة الطَّرفين على إنجاز العقد في تاريخ لاحق، وهو يحتاج إلى الإيجاب والقَبول في ذلك التاريخ اللاحق، والفرق أن إنجاز العقد ينقل المعقود عليه من ذمَّة إلى ذمَّة؛ فمن أنجز الشِّراء فإنَّه جعل الثَّمن ديناً في ذمته، ومن أنجز البيع فإنَّه نقل ملكية المبيع إلى المشتري، أو جعل المبيع ديناً في ذمته إن كان البيع سلماً، وإنَّ هذا الانتقال من ذمَّة إلى ذمَّة يحدُث فور ما يتم الإيجاب والقَبول.

ولذلك من اشترى داراً لسكناه، ولم يدفع الثَّمن إلى بائعها، فإنه صار مديناً للبائع بمقدار الثَّمن، وتجري عليه سائر أحكام المديون، فلا تجب عليه الزَّكاة بمقدار هذا الدَّين على قول من يجعل الدَّين مانعاً لوجوب الزَّكاة، حالّاً كان أو مؤجَّلاً[٢]، وإذا أفلس المشتري فإن البائع أسوة للغرماء على قول الحنفية، ولذلك من باع الحنطة سلماً، فإنه أصبح مديناً للمشتري بذلك المقدار من الحنطة، فتسقط عنه الزكاة بذلك المقدار؛

---

(١) أحكام القرآن، للجصاص: ٣/ ٤٤٢.

(٢) راجع: بدائع الصنائع: ٢/ ٨٣، طبع دار إحياء التراث العربي ـ بيروت، ١٤١٧هـ.

لكونه ديناً عليه، ولا يسقط هذا الدَّين بموت المسلَّم إليه، فيؤخذ المسلم فيه من تركته حالاً[١].

أمّا المواعدة فلا تنشئ ديناً على أحد من الطرفين، فلا تحدث بها هذه النتائج؛ فإذا تواعدا على بيع الشَّيء في تاريخ لاحق، لم يكن الثَّمن ديناً في ذمة الواعد بالشِّراء، فلا تسقط عنه الزَّكاة بمقدار الثَّمن، ولم يكن المبيع ديناً في ذمة الواعد بالبيع، فلا تسقط عنه زكاته، ولا يحقُّ للواعد بالشِّراء أن يأخذ الشيء الموعود من تركة الواعد بالبيع بعد موته، أو إفلاسه.

فظهر أن المواعدة ليست عقداً، ولا تنتُج عنها آثار العقد ولا المديونية إلا في التَّاريخ الموعود، ولا تحدُث هذه النَّتائج بصفة تلقائية، حتى في التَّاريخ الموعود، بل يجب عند ذلك أن يتم الإيجاب والقَبول من الطَّرفين، على أنَّه إن عرض لأحد الطَّرفين في المواعدة عذرٌ حقيقيّ مقبول منعه من إنجاز الوعد، فإنّه يعدُّ معذوراً ولا يجبر على إنجاز العقد، ولا على دفع التَّعويض، أما في البيع المضاف إلى المستقبل فعجز أحد الطرفين من تنفيذ مسؤولياته العقدية لا يسبِّب فسخَ البيع تلقائيّاً، وإنما يحتاج إلى الإقالة بالتراضي.

أما أثر كون المواعدة لازمةً، فلا يتجاوز من أن يجبر الحاكم الفريقين على إنجاز العقد في التاريخ الموعود، وإن أخلَّ أحدهما بالوفاء بوعده، حمَّله الحاكم ما تضرَّر به الآخر من الضَّررِ الماليِّ الفعليِّ، الذي حدث بسبب تخلفه عن الوفاء[٢] وهذه النَّتيجة مختلفة تماماً عن نتائج إنجاز العقد الذي ينقل المعقود عليه من ذمَّة إلى ذمَّة.

---

(١) راجع: رد المحتار: ٤/ ٢٣، باب السَّلم.

(٢) وهذا ما صدر به قرار مجمع الفقه الإسلامي في إخلاف الوعد من طرف واحد، في دورة مؤتمره الخامس بالكويت، سنة ١٤٠٩هـ، قرار رقم (٢، ٣)، مجمع الفقه الإسلامي، العدد الخامس: ٢/ ١٥٩٩.

ولاشكَّ أن هذه الفروق بين المواعدة وبين إنجاز العقد فروق دقيقة، وإذا وقعت المواعدة الملزمة من الطَّرفين، فإنّها تشابه العقد ولو لم تكن عقداً، فلا ينبغي في عامَّة الأحوال أن تُجعل المواعدة ملزمة في القضاء، تفادياً لشبهة العقد في تاريخ مستقبل، كما صدر به قرار مجمع الفقه الإسلاميِّ، ولكن بما أن المواعدة الملزمة ليست عقداً باتّاً في حقيقة الأمر لفوارق ذكرناها، فإنها يمكن أن يُصار إليها في مواقع الحاجة العامَّة؛ وهو الذي نصَّ عليه قاضي خان رحمه الله بقوله:

(لأن المواعدة قد تكون لازمة، فتجعل لازمة لحاجة الناس)[١]

والحاجة العامَّة في عقود التَّوريد واردة بلا شك لما قدمناه، فتجعل اتفاقيات التَّوريد مواعدة ملزمة على الطَّرفين بإنشاء عقد في المستقبل، ثمَّ يتم العقد في حينه على أساس الإيجاب والقَبول، أو على أساس التَّعاطي والاستجرار[٢]

وهذا هو التَّكييف الفقهيّ السليم عندي لاتفاقيات التَّوريد، دون أن نجعلها عقوداً باتّة مضافة إلى تاريخ مستقبل، والله تعالى أعلم.

ولكن لا تكون هذه المواعدة ملزمة للطَّرفين إلا إذا كانت الاتفاقية واضحة محدَّدة لقدر المبيع، ومواصفاته، وثمنه، أو على أساس معلوم محدَّد لتحديد الثَّمن بما ينفي الجهالة عن المبيع وثمنه كليهما. . أما إذا كانت الاتفاقيَّة فيها جهالة في مثل هذه الأمور، فلا تعدُّ المواعدة ملزمة.

وقد يطالب المشتري في اتفاقيات التوريد بمبلغ عند التوقيع على الاتفاقية، وذلك ضماناً لجدّيته في الشِّراء، وتيسيراً على البائع للحصول على المبيعات المطلوبة، وإنَّ هذا المبلغ ليس عربوناً على أساس التكييف

---

(١) الفتاوى الخانية، بهامش الفتاوى الهندية: ٢/ ١٦٥.

(٢) وقد درستُ عقود التعاطي والاستجرار في كتابي: بحوث في قضايا فقهية معاصرة: ١/ ٤٩ ـ ٧٠، طبع دار القلم بدمشق.

الفقهيّ الذي ذكرناه؛ وذلك لأنَّ اتفاقية التَّوريد ليست عقداً باتّاً، وإنَّما هو مواعدة لإنجاز العقد في المستقبل.

أمَّا العربون فإنه ـ عند من يقول بجوازه ـ بيع يثبت فيه الخيار للمشتري، فإذا أمضى البيع اعتُبر مبلغ العربون جزءاً من الثمن، وإن ردّ البيع كان مبلغ العربون للمالك. يقول ابن قدامة رحمه الله:

(والعربون في البيع: هو أن يشتري السِّلعة فيدفع إلى البائع درهماً أو غيره، على أنه إن أخذ السِّلعة احتسب به من الثَّمن، وإن لم يأخذها فذلك للبائع)[1].

فتبين أنّ بيع العربون بيع يثبت فيه الخيار للمشتري، يقابله شيء من المال في حالة رد البيع فقط. وحيث إنّ اتفاقية التوريد ليست عقداً للبيع أو الشراء، وإنما هي مواعدة فقط، فلا يمكن أن نجعل هذا المبلغ عربوناً، ولا مانع من أن يطالَب به المشتري توثيقاً لجدّيته في الموضوع، ولكنه يكون أمانة عند البائع، وإن خلطه بماله أو صرفه فإنه يكون مضموناً عليه بكامله.

نعم إذا تخلَّف الواعد بالشِّراء عن وعده بدون عذر مقبول، وحمَّله الحاكم تعويضاً عن الضرر الفعليِّ الذي أصاب الفريق الآخر بتخلُّفه، فإنه يجوز أن تقع المقاصة بين ضمان الجديّة وبين التَّعويض المفروض على الواعد بالشِّراء، فإن كان التَّعويض المفروض من الحاكم أقلَّ من المبلغ المدفوع ضماناً للجديّة، ردّ الواعد بالبيع ما بقي، وإن كان التَّعويض المفروض أكثر، دفع الواعد بالشِّراء ما زاد على ضمان الجدّية.

وخلاصةُ ما وصلنا إليه في اتفاقيات التَّوريد ما يلي:

١ ـ إن كان محلَّ التوريد شيءٌ يقتضي صناعة، فإن عقد التَّوريد

---

(١) المغني مع الشرح الكبير، لابن قدامة: ٤/ ٢٨٩.

يخرج على أساس الاستصناع، ويكون عقداً باتّاً، تجري عليه أحكام الاستصناع.

٢ ـ وإن كان محلَّ التَّوريد شيء لا يقتضي صناعة، فإنه لا يكون عقداً باتّاً، وإنما يكون مواعدة لإنجاز العقد في تاريخ لاحق، ثم يتم العقد في حينه بإيجاب وقَبول.

٣ ـ يجوز أن تجعل هذه المواعدة ملزمة للطرفين للحاجة العامَّة.

٤ ـ إن أثر إلزام هذه المواعدة: أن يجبر كل واحد من الطَّرفين على إنجاز وعده من قبل الحاكم، وإن امتنع أحد منهما عن الوفاء بوعده بدون عذر، وتضرر به الآخر ضرراً فعليّاً، فإنَّ المتخلِّف يعوضه عن الضَّرر الفعليِّ الحقيقيِّ.

٥ ـ يجوز أن يطالب الواعد بالبيع ممن وعد بالشِّراء مبلغاً لضمان جدِّيته، وإن هذا المبلغ ليس عربوناً، ولكنه أمانة بيد الواعد بالبيع، وإن خلطه أو تصرف فيه صار ضامناً له، والله أعلم بالصَّواب.

ثانياً: عقودُ المناقصةِ:

المناقصة طريقة تتبعها جهات تريد شراء سلع أو خدمات بأقل ما يعرض عليهم من سعر، وهو في حقيقته ضدُّ المزايدة أو بيع من يزيد؛ فالمزايدة يُجريها البائعون، فيريدون أن يعقدوا البيع بأكثر ما يُعرض عليهم من ثمن، فيطلبون العروض من المشتريين، ويعقدون في الأخير مع من يقدِّم أعلى عطاء.

والمناقصة يجريها المشترون، ويطلبون العروض من البائعين، ويُرسون العطاء على من يتقدم إليهم بأقلِّ الأسعار.

وإن المناقصات في عصرنا تجري إمّا في عقود المقاولات، أو في عقود التَّوريد.

والطَّريقة المتبعة لإجراء المناقصة: أن الجهة التي تريد أن تعقد مع

مقاول لبناء عمارة مثلاً، وتريد أن يتقدَّم إليها المقاولون بعروض مختلفة، فإنَّها تدوِّن تفاصيل البناء ومواصفاته وشروط العقد في دفتر، ثم تدعو المقاولين إلى المناقصة عن طريق الإعلان في الجرائد أو الصُّحف، ويحدّد في الإعلان العمل المطلوب وبعض تفاصيله، أما دفتر الشُّروط الذي يحتوي على تفاصيل العمل بكاملها، وعلى الشُّروط الأخرى للعقد، فإنما يعطى للمشاركين في المناقصة بثمن يحدَّد في الإعلان المنشور في الجرائد أو الصُّحف، كما أنَّ الإعلان يحدِّد آخر موعد لتقديم العروض، وتاريخ فضِّ العروض، وفي بعض الحالات يطالب المقاولون بتقديم ضمانٍ ابتدائي ينبئ عن جديتهم في تقديم العرض.

وعلى أساس هذا الإعلان يتقدَّم المقاولون بعروضهم في ظروف مختومة مع مبلغ الضَّمان الابتدائي، ثمّ إن الجهة الطالبة للمناقصة تفتح الظُّروف المختومة في موعد محدد بحضور المشاركين في المناقصة أو ممثليهم، ويعلن اسم كل صاحب عرض، وسعره، ويسجل، ثم يتم فحص العروض للتأكد من توافر الشُّروط ومطالبة العروض للمواصفات المطلوبة، وموافقتها للإجراءات القانونية، ثم تختار الجهة الطالبة للمناقصة العرض الأقل سعراً، إلا إذا كان ذلك السِّعر ـ بالرغم من كونه أقلّ بالنسبة لسائر العروض ـ أغلى بالنسبة إلى سعر السُّوق، فحينئذ تفاوض الجهة الطالبة مع صاحب العرض الأقل؛ لتخفيض سعره ليكون موافقاً لسعر السُّوق.

وكذلك إذا تساوت بعض العروض في أسعارها، ربما يلجأ إلى إجراء مفاوضة علنية بين أصحاب هذه العروض لاختيار الأصلح، أو يقسم العمل بينهم حسبما تقتضيه مصلحة الجهة الطالبة. وبعد هذه الإجراءات يُرسى العطاء لمن قُبل عرضه.

ومثل هذه الإجراءات تتخذ أيضاً في المناقصات التي تُطلب فيها عقود التوريد، فإعلان طلب المناقصة يحتوي على مواصفات الأشياء المطلوبة

وكمياتها، ويتقدم التُّجار بعروضهم لبيع هذه الأشياء ويُرسى العطاء لأقلِّها سعراً بالطريقة التي ذكرناها في المقاولة سواء بسواء.

وإن في البلاد المختلفة قوانين مختلفة تخضع لها المناقصات، وإجراءات لا داعي لذكر تفاصيلها في هذه العُجالة؛ لأنَّها أمور إدارية لا يتعلق بها حكم فقهيٌّ، ولكنّنا نريد أن ندرس هنا الأسئلة الفقهيّة التي تتعلق بالمناقصات، وهي ما يلي:

١ ـ تكييف عقود المناقصة من النَّاحية الفقهية.

٢ ـ إن كانت المناقصة عقداً، فمتى يتم الإيجاب والقَبول؟.

٣ ـ هل يختلف الحكم باختلاف أنواع المناقصة؟.

٤ ـ حكم أخذ عوض على دفتر الشُّروط؟.

٥ ـ حكم المطالبة بالضَّمان الابتدائي الذي يطلب من المشاركين في المناقصة، أو الضَّمان الانتهائي الذي يطلب ممن يرسو له العطاء.

٦ ـ حكم تقديم نسبة من الثَّمن من قبل الجهة الطَّالبة للمناقصة.

٧ ـ هل يجب على الجهة الطَّالبة للعروض أن تقبل عرض من تقدَّم إليها بالسِّعر الأقلّ.

١ ـ التكييفُ الفقهيُّ للمناقصاتِ:

لا يوجد ذكر للمناقصات في الكتب الفقهية، مع وجود ذكر المزايدات؛ لأن المناقصات ظاهرة جديدة أوجدَتْها حاجات المشاريع الكبيرة من التِّجارة والصِّناعة، ولكن ليس معنى ذلك أن لا تكون المناقصة مقبولة شرعاً، ما لم يكن فيها ما هو محظور من النَّاحية الشَّرعية، ويمكن قياسها في بعض الأمور على المزايدة أو بيع من يزيد.

أما تكييفها الفقهيُّ فيختلف عندنا باختلاف موضوع المناقصة، فإن كان موضوع المناقصة عقداً يجوز إنجازه على الفور شرعاً، مثل: عقد البيع للمبيعات الموجودة عند البائع، أو عقد الإجارة، أو عقد الاستصناع

أو المقاولة، فالدَّعوة إلى المناقصة في هذه العقود دعوة إلى هذه العقود، وقد يزعم بعض النَّاس أن الدعوة إلى المناقصة عن طريق الإعلان الصحفيِّ إيجاب من قبل الجهة الطَّالبة، وإرساء العطاء قَبول من قبل صاحب العرض، وليس الأمر كذلك؛ لأن الإيجاب الفقهيَّ لابد له من تحديد السِّعر.

أما الإعلان الصحفي فلا يتحدَّد فيه السِّعر من قبل الجهة الطَّالبة للمناقصة؛ ولأنَّ العقد لا يتمُّ بمجرد فتح العرض الأقلّ، فقد يحقُّ للجهة الطَّالبة للمناقصة أن تُجري مفاوضة مع صاحب العرض الأقل إذا كان سعره المعروض أكثر من سعر السُّوق، وفي بعض الحالات الأخرى أيضاً، فالصحيح أنّ الإعلان الصحفيّ ليس إيجاباً، ولا يتحقق الإيجاب إلا بعرض البائع، ويتوقف قَبولُه على إرساء العطاء، فكلَّما أرسى العطاء، ولو بعد إجراء المفاوضة، تحقق القَبول، وتمَّ العقد إذا كان الموضوع بيعاً منجزاً، أو إجارة أو استصناعاً.

وهذا هو الموقف المختار عند الفقهاء في بيع المزايدة. ويقول الحطاب رحمه الله:

(أما بيع المزايدة فالحكم فيه أن كل من زاد في السِّلعة لزمته بما زاد فيها إن أراد صاحبها أن يمضيها له)[١]

فقوله: (إن أراد صاحبها أن يمضيها له) صريح في أن العرض الزائد يحتاج إلى القبول.

ومن هنا قال الدكتور عبد الرزاق السَّنهوري:

(ويعنينا في العقود التي تتم بالمزايدة أن نعرف: متى يتم الإيجاب؟ ومتى يتم القَبول؟ فقد يظن أن طرح الصفقة في المزاد هو الإيجاب،

(١) مواهب الجليل، للحطاب: ٤/ ٢٣٧.

والتَّقدم بالعطاء هو القَبول؛ وليس هذا صحيحاً، فإن طرح الصَّفقة في المزاد لا يعدو أن يكون دعوة إلى التَّعاقد عن طريق التَّقديم بعطاء، والتَّقدم بعطاء هو الإيجاب، أما القَبول فلا يتم إلا برسو المزاد، ويكون هو إرساء المزاد على من يرسو عليه، وهذا هو الذي جرى عليه القضاء المصري في ظل القانون القديم)[١].

ولما كان التَّقدم بعطاء إيجاباً، فالظَّاهر من ضوابط الإيجاب الفقهيَّة أن يجوز للموجب الرُّجوع عن إيجابه قبل رسوِّ العطاء؛ الذي يعتبر قولاً في بيع المزايدة وعلى هذا جرى القانون المصريُّ، كما ذكره الدكتور السنهوري؛ حيث يقول:

(فقد كان يعتبر التَّقدم بالعطاء إيجاباً لا قبولاً، ويرتب على ذلك جواز الرُّجوع فيه قبل إرساء المزاد)[٢].

وقد ذكر في الحاشية على أن على هذا الأساس صدر الحكم من محكمة الاستئناف المصرية، وهذا هو القياس.

وإن كان معظم الفقهاء الحنفية لم يتعرضوا لبيان هذه المسألة، ولكن يظهر من كتب المالكية أن الذي يتقدم بالعطاء في المزايدة ـ وهو الموجب ـ لا يحق له الرجوع من إيجابه إلى أن يرسو العطاء. قال ابن رشد رحمه الله:

(والحكم فيه أن كل من زاد في السِّلعة لزمته بما زاد فيها إن أراد صاحبها أن يمضيها له بما أعطى فيها، ما لم يسترد سلعته فيبيع بعدها أخرى، أو يمسكها حتى ينقضي مجلس المناداة)[٣].

وقال الحطاب رحمه الله:

---

(١) الوسيط: ١/٢٢٦، دار إحياء التراث العربي ـ بيروت.

(٢) المصدر السابق نفسه.

(٣) البيان والتحصيل: ٨/٤٧٦، ط دار الغرب الإسلامي ـ بيروت، ١٤٠٤هـ.

(إذا تبيَّن له أنه يصيح عليهم ثلاثة أيام للزِّيادة، فكل من أعطاه شيئاً لزمه الشِّراء، على أن البائع بالخيار ما لم تنقض أيام الصياح، فلصاحب العبيد أن يلزم المشتري الشِّراء وإن انقضت أيام الصياح ما لم يتباعد ذلك، وقد قيل: إنه ليس للمشتري أن يرد السِّلعة بعد مضي أيام الخيار، فعلى هذا القول ليس له أن يلزمه الشِّراء بعد انقضاء أيام الصياح، ولو كان الذي يصاح عليه في بيع المزايدة مما العرف فيه أن يمضى أو يرد في المجلس، ولم يشترط أن يصيح عليه أياماً، لم يلزمه الشِّراء بعد أن ينقلب بالسلعة عن المجلس)[١]

وقال بعد ذلك:

(فتحصل من كلام ابن رشد والمازري وابن عرفة في بيع المزايدة أن كل من زاد في السِّلعة، فلربِّها أن يلزمه إياها بما زاد، إلا أن يسترد البائع سلعته، ويبيع بعدها أخرى، أو يمسكها حتى ينقطع مجلس المناداة، إلا أن يكون العرف اللزوم بعد الافتراق أو يشترط ذلك البائع، فيلزم المشتري البيع بعد الافتراق في مسألة العرف بمقدار ما جرى به العرف، وفي مسألة الشرط في الأيام المشروطة وبعدها بقرب ذلك على مذهب «المدونة»، فإن شرط المشتري أنه لا يلزم البيع إلا ما دام في المجلس فله شرطه، ولو كان العرف بخلافه)[٢].

وهذه النُّصوص صريحة في أن المتقدِّم بالعطاء في المزايدة ليس له الرُّجوع عن إيجابه إلى أن يرسو العطاء، أو تلغى المزايدة، فإن كان العرف على امتداد هذا اللزوم على المشتري حتى بعد مجلس المناداة، عمل به، إلا أن يشترط المشتري أنه لا يلزمه الشِّراء إلا ما دام في المجلس، فالشَّرط يقضي على العرف؛ فظهر بهذا أن المالكية فرقوا بين

---

(١) مواهب الجليل، للحطاب: ٤/ ٢٣٨، طبع ١٣٩٨هـ.

(٢) المصدر السابق: ٤/ ٢٣٩.

بيوع المساومة العامة وبين المزايدات، حيث للمشتري في المساومة أن يرجع عن إيجابه متى شاء قبل قبول البائع، ولا يحق له ذلك في بيوع المزايدة.

ولاشكَّ أنه لا فرق بين المزايدة والمناقصة في هذا الموضوع، فينطبق عليها جميع أحكام المزايدة من هذه الجهة؛ فمقتضى القواعد العامة أنه يجوز لمن تقدَّم في المناقصة بعطاء أن يرجع عن إيجابه قبل رسوِّ العطاء، ولكن مقتضى ما ذكره المالكية أنه لا يجوز له الرُّجوع بعد تقدُّمه بالعرض، وعلى هذا الأخير جرت معظم قوانين المناقصة المعاصرة، وبما أن المسألة اجتهادية، فهناك سعة بأخذ ما فيه مصلحة.

ولكن الذي يظهر لي: أن القول بإعطاء صاحب العرض الحقّ في الرجوع أعدل وأقيس؛ لأننا متى جعلنا عرضه إيجاباً، فلا وجه لحرمانه من الحقوق التي يستحقها الموجب في البيوع الأخرى.

ثم إن الفقهاء المالكية إنما ألزموا الإيجاب على الموجب في المزاد العلني الذي يتقدَّم فيه كل أحد بعطائه عن بصيرة تامة وعن علم بما تقدَّم به الآخرون، ويرسو العطاء فيها فوراً، أما المناقصات فمعظمها تجري على أساس السِّريَّة ويقع البت فيها بعد مدَّة، وحينئذ قد يضطر فيها صاحب العرض إلى سحب عرضه لتقلبات الأسعار في السُّوق، أو لأعذار أخرى حقيقية، فلا تقاس المناقصة السِّريَّة على المزاد العلني الذي يقع البت فيه في المجلس.

٢ ـ هل العرضُ الأقلُّ لازمٌ على صاحبِ المناقصةِ؟:

ومن النتائج المنطقية لجعل العرض إيجاباً، أن يحقَّ لصاحب المناقصة أن يقبل ما شاء من عطاء ويرفض ما شاء. وبهذا صرَّح الفقهاء المالكية في المزايدة، فقال ابن رشد رَحِمَهُ اللَّهُ:

(هو ـ أي: البائع في المزايدة ـ مخيَّر في أن يمضيها لمن شاء ممن

أعطى فيها ثمناً، وإن كان غيره قد زاد عليه، هذا الذي أحفظ في هذا من قول الشيخ أبي جعفر بن رزق رحمه الله، وهو صحيح في المعنى؛ لأن حق صاحب السِّلعة أن يقول للذي أراد أن يلزمها إياه إن أبى من التزامها، وقال له: بع سلعتك من الذي زاد عليَّ فيها؛ لأنك إنما طلبت الزيادة وقد وجدتها: أنا لا أحب معاملة الذي زاد في السِّلعة عليك، وليس طلبي الزِّيادة فيها)[١]

فلو أجرينا المناقصة على أساس هذا القول، جاز لصاحب المناقصة أن يقبل أيّ عرض شاء، سواء كان أقلَّ أو أكثر، وربما تضطرُّ الجهة الطالبة للمناقصة إلى قَبولِ عرضٍ سعرُه أكثر لمصالح أخرى، مثل: كون صاحب العرض أتقن وأوثق بالنسبة لمن عرض سعراً أقلَّ، ولكن بما أن المناقصات تُجرى عموماً من قبل الجهات الحكومية أو المؤسسات الكبرى التي تمرُّ فيها العملية من خلال أيدي كثير من الناس، فإن قبول السِّعر الأكثر معرض لتهمة التَّواطؤ والرشوة وغيرها، فينبغي أن تكون مثل هذه المناقصات خاضعة لتشريعات تضمن شفافية العملية، ويؤمن معها من التَّواطؤ والرشوة.

هذا بالنسبة للمناقصات التي موضوعها باتٌّ، كالبيع، أو الإجارة، أو المقاولة والاستصناع. أما إذا كان موضوعها توريد أشياء غير مملوكة للبائع، فقد ذكرنا فيما سبق أن اتفاقية التَّوريد في هذه الحالة مواعدة لإنجاز العقد في المستقبل؛ فليس هناك إيجاب وقبول لإنجاز العقد في هذه المرحلة، وإنما الإعلان الصحفي لمثل هذه المناقصة دعوة للتُّجار؛ للدخول في مواعدة أو تفاهم عام، ولكن لا بأس أن تتخذ لها جميع الإجراءات التي ذكرناها، بشرط أن لا يظنَّ أن إرساء العطاء عقد باتٌّ

(١) البيان والتحصيل، لابن رشد: ٨/ ٤٧٦.

للبيع مضاف إلى المستقبل، بل برسوِّ العطاء على أنه مواعدة من الطرفين ملزمة عليهما، لإنجاز البيع في تاريخ مستقبل. وقد فصّلنا الفرق بين الأمرين عندما تكلمنا عن التَّوريد.

٣ ـ الأنواعُ المختلفةُ للمناقصةِ:

وللمناقصة أنواع مختلفة: فمعظم المناقصات **مناقصات عامَّة** تتجه دعوة المشاركة فيها إلى كل من يريد ذلك، ولذلك تنشر الدعوة في الجرائد والصُّحف. وبعضها **مناقصات خاصة** لا تعلن في الصُّحف، وإنما توجه فيها الدعوة إلى عدد محدود من المشاركين بتوجيه الرسائل إليهم. ولا فرق بين النوعين من الناحية الشَّرعية، فكل ما ذكرنا من تكييف المناقصة وأحكامها ينطبق على النَّوعين سواء بسواء.

وكذلك تنقسم المناقصات إلى: **مناقصات محلية**: تقتصر الدعوة فيها إلى التُّجار والمقاولين في داخل البلد، وإلى **مناقصات دولية**: يشترك فيها التُّجار من خارج البلد أيضاً. ولا فرق بينهما أيضاً من حيث أحكام الشَّريعة.

وهناك **مناقصات علنية**: تكون عروض الأسعار فيها مكشوفة لكل أحد. **ومناقصات سريَّة**: تقدَّم فيها العروض في ظروف مختومة، ولا يطلع أحد من المشاركين على تفاصيل عرض الآخر إلى أن يرسو العطاء، والمعهود في الفقه الإسلاميِّ هو المزاد العلنيُّ، وما وجدتُ للمزاد السرِّيِّ ذكراً في كتب الفقه، ولكن ليس معنى ذلك أن المزاد السرِّيَّ ممنوع شرعاً؛ لأنه لا يلزم بسرية العروض محظور شرعي، بل العروض السرِّيَّة أبعد عن شبهة النَّجش وغيره، فلا مانع من كونها سرِّيَّة، وكذلك المناقصة. والتكييف الفقهي والأحكام المتعلقة به في كلا النَّوعين سواء.

٤ ـ قيمةُ دفترِ الشُّروطِ:

والمعمول به في المناقصات عموماً أن الجهة الإدارية التي تريد أن

تجري المناقصة، تسجَّل تفاصيل العقد ومواصفاته في دفتر، وهذا الدَّفتر يعطى للمشاركين بعوض ماليٍّ.

فالسُّؤال الفقهيُّ: هل يجوز للجهة الإدارية أخذ عِوَض مقابل دفتر الشُّروط؟ فإذا نظرنا إلى أن هذا الدفتر إنما يرجع نفعه إلى الجهة الإدارية، حيث إنها هي التي تريد أن تجري المناقصة لصالحها، لم يكن هناك مبرّر لها في أخذ عِوَض مقابل هذا الدَّفتر.

ولكن هناك ناحية أخرى لا يمكن غضُّ النظر عنها، وهي: أن إعداد دفتر الشروط ربما يحتاج إلى دراسات فنيّة، ورسم خرائط دقيقة، مما يتطلب جهداً ومالاً. ومن ناحية أخرى: إن هذا الدفتر يخفِّف مؤونة المقاولين أو التُّجار؛ لأنَّه لولا هذا الدفتر لاحتاج كل عارض إلى أن يُجري هذه الدراسات الفنّية بنفسه، ويتكبد في ذلك جهداً، ويبذل لأجله مالاً. ومن هذه الجهة يبدو أن الجهة الإدارية تستحق أن تطالب عوضاً مقابل هذا الدفتر.

والذي يظهر لهذا الضَّعيف ـ عفا الله عنه ـ أنه لو كان دفتر الشُّروط لا يتضمَّن دراسات فنية، وكان مشتملاً على مجرد شرط العقد، فلا يجوز للجهة الإدارية أن تتقاضى عليه ثمناً؛ لأنه بمنزلة شروط العقد من أحد العاقدين، ولا يجوز أخذ العِوض على ذلك. أما إذا كان هذا الدفتر مشتملاً على دراسات فنّية يحتاج إليها المشاركون في المناقصة لإعداد عروضهم، فيجوز للجهة الإدارية أن تأخذ على دفعه عوضاً يغطي تكاليف الجهة الإدارية في إعداده.

وهذا قريب مما صدر به قرار من مجمع الفقه الإسلاميِّ في موضوع بيع المزايدة، ونصه ما يلي:

(لا مانع شرعاً من استيفاء رسم الدُّخول ـ قيمة دفتر الشروط بما لا يزيد عن القيمة الفعلية ـ لكونه ثمناً له)[١]

٥ ـ طلبُ الضَّمانِ من المشاركين:

وإنّ الجهة الإدارية صاحبة المناقصة تطالب المشاركين بتقديم ضمان؛ وهذا الضَّمان على قسمين:

القسم الأول: هو **الضَّمان الابتدائي** الذي يطالب بتقديمه مصحوباً بتقديم العرض، والغرض منه التأكد من جديَّة العارض في تقديم عرضه، ويكون مبلغ هذا الضَّمان نسبة من قيمة العرض عموماً. والمعمول به أن هذا المبلغ يصادر عليه إذا سحب العارض عرضه قبل موعد إرساء العطاء، ويرد هذا المبلغ إلى أصحاب العروض الذين لم يفوزوا بالصفقة.

والقسم الثاني: هو **الضمان النهائي**: ويطالب به من رسا عطاؤه وفاز بالصَّفقة، والمقصود من مطالبة هذا الضَّمان إلزام من نجح في المناقصة بتنفيذ العقد بشروطه ومواصفاته ومواعيده الزمنية، فهو ضمان يقدمه المتعاقد لتوثيق التزاماته، وأنه سوف يقوم بمسؤولياته العقدية في وقتها الموعود.

أ ـ حكمُ الضَّمان الابتدائيِّ:

فأما الضمان الابتدائي، فحكمه أنه لا يظهر هناك مانع من المطالبة به للتأكد من جدّيّة العارض ما دام أنه لا يؤدي إلى أكل أموال الناس بالباطل، وهذا إنّما يحصل إذا بقي مبلغ الضَّمان كأمانة عند الجهة الإدارية. ولو وقع خلطه بالأموال الأخرى فيكون مضموناً عليها، وإن وقع استثماره فيجب أن يرجع ربحه إلى صاحب العرض الذي قدَّمه. وإن لم يفز

---

(١) قرار رقم: ٧٣ (٨/٤) للدورة الثامنة للمجمع، المنعقدة في بروناي دار السلام، سنة ١٤١٤هـ، راجع: مجلة الفقه الإسلامي، العدد الثامن: ٢/ ٢٥، فقرة (٥).

هذا العارض بالصَّفقة، بمعنى: أنه لم يُقبل عرضه، فإنه يردّ عليه كامل المبلغ، مع ربحه إذا أودع في وعاء استثماري مقبول شرعاً.

وما يعمل به عموماً من مصادرة المبلغ إذا سحب العارض عرضه قبل موعد إرساء العطاء، غير مقبول من الناحية الشَّرعية إطلاقاً، وهو من قبيل أكل أموال الناس بالباطل؛ لأنَّنا حققنا فيما سبق أن التقدُّم بالعرض إيجاب من قبل العارض، ويحقُّ شرعاً لكلٍّ من يتقدَّم بالإيجاب أن يرجع عن إيجابه قبل قَبولِ الآخر، فلا وجه لمصادرة ما تقدَّم به من الضَّمان الابتدائي. وكثيراً ما تقع حالات يضطر فيها العارض لسحب عرضه، فكيف يجوز معاقبته في مثل هذه الحالات؟!.

حتى لو أخذنا بقول المالكية الذين يرون التَّقدم بالعرض في المزايدة ملزماً على الموجب العارض، ولا يعترفون بحقّه في الرُّجوع، فإنَّ غاية هذا الإلزام أن يجبر على العقد قضاء، أو يحمّل الضرر المالي الذي تضررت به الجهة صاحبة المناقصة فعلاً، وإلا صارت هذه المصادرة عقوبة مالية، لا يجوز لأحد أن ينفِّذها إلا القاضي على قول من يجوِّز الغرامة المالية كعقوبة مشروعة، وخاصة في حين أن المالكية إنّما ألزموا الإيجاب على العارض في المزاد العلني، الذي يرسو فيه العطاء في مجلس المزاد، ولا ينطبق ذلك تماماً على المناقصات السرِّية التي يتمّ فيها العقد بعد مدّة تُحتمل فيها تقلُّبات الأسعار بصفة غير متوقعة.

فلا يجوز شرعاً مصادرة الضَّمان الابتدائي إذا سحب العارض عرضه قبل إرساء العطاء.

وقد يستشكل هذا بأنه لا تظهر هناك فائدة لهذا الضَّمان إذا وجب رد مبلغه إلى العارض في جميع الحالات.

والجواب عن هذا الإشكال: أن هذا المبلغ ليس إلا للتَّأكد من جدية صاحب العرض، وليس ضماناً في مفهومه الفقهيّ، فإن الضَّمان إنَّما تسبقه

مديونية، وإنَّ مجرد التقدُّم بالعرض لا ينشئ دَيناً على صاحب العرض. ولا شك أن من يتقدَّم بهذا المبلغ عند تقديم عرضه، فإنه ينبئ عن جديته في الاشتراك؛ لأنّه لا يتنازل أحد عن سيولته، ولو لمدة قصيرة، إلا من يريد أن يدخل في العقد حقيقة. وهذه الفائدة حاصلة، والله سبحانه أعلم.

ب ـ حكمُ الضَّمان النِّهائيِّ:

أما الضَّمانُ النِّهائيُّ، فإنّه يطالب به من يفوز بالصَّفقة من بين العارضين، وإنما يطالب به لتوثيق أنَّ الفائز بالصَّفقة يلتزم بمسؤولياته التَّعاقدية، وقد يزعم بعض النَّاس أنه من قبيل العربون، وليس الأمر كذلك، لأن العربون الذي أجازه الحنابلة إنما يقدِّمه المشتري، وصاحب العرض في المناقصات هو البائع إذا كان موضوع المناقصة توريداً، أو استصناعاً، والمؤجر إن كانت المناقصة موضوعها تقديم بعض الخدمات، والواقع أنه لا يوجد هناك نظير في الفقه الإسلامي بمطالبة شيء من البائع أو المؤجر، إلا مطالبة الرهن من المسلم إليه الذي جوَّزه بعض الفقهاء ومنعه آخرون. ولكن ذلك إنما يمكن إذا كان البيع باتّاً، كما في السلم أو الاستصناع.

أما في عقود التَّوريد فلا، وغاية ما يمكن أن يبرَّر به هذا الضَّمان هو على أساس (ضمان الجدِّية) فينطبق عليه كلُّ ما ذكرنا في الضَّمان الابتدائي من أنه أمانة ابتداء، وإن خلط بمال آخر، فإنه مضمون على صاحب المناقصة. وإن وقع استثماره فإنه يرجع ربحه إلى المتقدِّم به، ويجب ردُّه، مع ربحه (إذا كان مستثمراً في جهة مقبولة شرعاً) إلى صاحبه عند تمام تنفيذ العقد. ولا يجوز مصادرته إلا إذا تخلَّف صاحبه من أداء واجبه، وحصل بالتخلف ضرر مالي لصاحب المناقصة فعلاً، فيمكن أن تقع المناقصة بين المبلغ وبين ما يجب على المتعاقد من تعويض ماليٍّ.

وقد صدر قرار من مجمع الفقه الإسلامي بشأن الضَّمان في بيوع المزايدة بما نصه:

(طلب الضَّمان ممن يريد الدُّخول في المزايدة جائز شرعاً، ويجب أن يُردَّ لكل مشارك لم يرسُ عليه العطاء، ويحتسب الضَّمان الماليّ من الثَّمن لمن فاز بالصَّفقة)(١)

وبما أن هذا القرار كان موضوعه المزايدة، ويطلب فيه الضَّمان من المشتري، فيمكن تخريجه على أساس العربون، وليس الأمر كذلك في المناقصات التي يطلب فيها الضَّمان من البائع أو المقاول، فلابد من ردِّ هذا المبلغ بعد تنفيذ العقد مع سائر واجبات المتعاقد الأخرى، ولا يصادر هذا المبلغ إلا في الصُّورة التي ذكرناها من تخلف المتعاقد عن تنفيذ العقد، وتحميله الضرر الفعليَّ الماليَّ الذي أصاب صاحب المناقصة، فحينئذ تقع المُقاصَّة بين المالين.

والله ﷻ أعلم. **وآخر دعوانا أن الحمد لله ربِّ العالمين.**



---

(١) قرار رقم: ٧٣ (٤/ ٨) في الدورة الثامنة للمجمع، المنعقدة في بروناي، سنة ١٤١٤هـ، مطبوعاً في مجلة المجمع، العدد الثامن: ٢/ ٢٥، فقرة (٤).

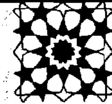
(١٨)

عقودُ البناءِ والتَّشغيلِ ونقلِ الملكيَّة

من النَّاحية الشَّرعية

بحثٌ أُلِّف بطلبٍ من معهدِ الدِّراساتِ والتَّدريبِ التَّابعِ للبنكِ الإسلاميِّ للتَّنميةِ بجدَّة، وقُرِئَ على حلقةٍ خاصةٍ بالموضوعِ.

* * *



١٨

عقودُ البناءِ والتَّشغيلِ ونقلِ الملكيَّة

من النَّاحية الشَّرعية

● مقدمة:

الحمد لله ربِّ العالمين، والصَّلاة والسَّلام على رسوله الكريم، وعلى آله وأصحابه أجمعين، وعلى كل من تبعهم بإحسان إلى يوم الدين.

وبعد: إن العقود الجديدة المعروفة باللغة الإنكليزيَّة بكلمات (B. O. T) اختصار لقولهم: (Build Operate and Transfer)، وقد يعبَّر عنها باللغة العربية بقولهم: (بناء ـ تشغيل ـ نقل الملكية)، وفي بعض الأحيان يعبَّر عنها بعقود الامتياز، مع أن عقود الامتياز لا تختصُّ بهذه العقود، ونظراً للاختصار، فإننا سوف نعبر عن هذه العقود في هذا البحث بعقود (البناء والتَّشغيل).

إنَّ هذه العقود تحتاج إليها الحكومات، التي تريد أن تبني مشاريع البنية الأساسية (Infrastructure) التي هي من مهمات القطاع العامِّ (Public Sector)، ولكن لا تجد الحكومات موارد مالية كافية لإنجازها من القطاع العامِّ، فتريد أن يموله القطاع الخاص (Private Sector)، وإنما يمكن ذلك إن كان المشروع صالحاً لأن يُدرَّ دخلاً، مثل: مشاريع الشوارع العامة والجسور الكبيرة التي يمكن فيها فرض الرسوم على السَّيارات التي تمرُّ عليها، أو بناء المطارات التي تفرض الرسوم على من

يستخدمها، أو مشاريع توفير المياه أو الكهرباء أو شبكات المواصلات السلكية، التي يمكن فيها تقاضي الثَّمن أو الأجرة من المستهلكين الذين ينتفعون بها.

وإن حقيقة هذه العقود ـ في عبارة بسيطة ـ أن الحكومة تفوِّض بناء هذه المشاريع إلى جهة مختصَّة، تلتزم إنجاز المشروع في مدة معلومة على نفقتها، وتمنحها الحكومة حق امتياز لتشغيل المشروع إلى مدَّة معينة، والحصول على ما يُدرُّ من دخل، وبعد انقضاء تلك المدة يسلَّم المشروع إلى الحكومة، وإن الجهة المختصة إنما تدخل في هذا العقد لأنها تأمل أنها سوف تسترجع في مدة التَّشغيل ما أنفقته من أموال مع زيادة تربحها، تكون عِوضاً مناسباً لما تكبدته من التَّكاليف والجهود.

فمثلاً: إن كان محل هذا العقد بناء جسر كبير، فإن الجهة المذكورة تبني الجسر بنفقتها وجهودها، ثم يحقُّ لها بعد إنجاز البناء أن تشغِّل هذا الجسر إلى مدة عشر سنوات مثلاً، وأن تفرض رسوماً مناسبة على من يمرُّ على الجسر، فتستحق هذه الرسوم، فتسترجع خلال العشر سنوات ما أنفقته على المشروع، مع قدر زائد يكون ربحاً لاستثمارها فيه.

هذا هو التَّصوير البسيط للعملية، فالمقصود من هذا البحث هو النَّظر في هذه العقود بأنواعها المعروفة من الناحية الشَّرعية، وأريد أن أبحث فيه عن النِّقاط الآتية:

١ ـ التَّكييف الفقهيُّ لهذه العقود بمختلف أنواعها وحكمها.

٢ ـ الحكم الشَّرعي لحقِّ الامتياز.

٣ ـ الإشراف الحكومي لمراحل إنجاز المشروع.

٤ ـ طرق التَّمويل التي تستفيد بها الجهة الصَّانعة.

٥ ـ مدى جواز التَّوريق (Securitization) في تمويل المشروع.

أولاً: التَّكييفُ الفقهيُّ لهذهِ العقودِ:

أما التَّكييف الفقهي لهذه العقود فيختلف باختلاف محل العقود ونشاط المشروع المقترح.

ولنأخذ المشاريع التي تخطِّط لإقامة مبان أو معدات صالحة للتَّأجير، أو فرض الرُّسوم على المستخدمين لمنفعتها، مثل: بناء جسر، أو محطة كهرباء أو مياه، أو تعبيد شارع، أو إقامة شبكة المواصلات السِّلكية.

لاشك أن الأرض التي يقام عليها المشروع في هذه الصُّور مملوكة للدولة، وأن الجهة الصَّانعة تستخدمها لبناء المشروع أوَّلاً، ولاستغلالها إلى مدة متفق عليها ثانياً، ثم تسلَّم الأرض مع المشروع المبني عليها إلى الدَّولة في نهاية الأمر.

وبناء على ذلك فإن العملية تحتمل تكييفين:

التكييف الأول: أن نقول: إن الدولة آجرت أرضها إلى الجهة الصَّانعة لمدة متفق عليها؛ لتبني عليها المشروع وتستخدمه لصالحها إلى تلك المدة، والأجرة مؤجَّلة، وهي نفس المشروع الذي يسلَّم إلى الدولة بنقل ملكيته إليها في نهاية العملية، وعلى هذا التَّكييف يكون المشروع مملوكاً للجهة الصَّانعة بعد بنائه، ثم تنقل ملكيته إلى الدَّولة من حيث إنها أجرة لاستخدام الأرض خلال مدة العقد، فالعلاقة بين الدولة والجهة الصَّانعة هي علاقة المؤجِّر من المستأجر.

والتَّكييف الثاني: أن نقول: إن الدولة استصنعت المشروع من الجهة الصَّانعة، فالعقد الأساسي بين الجهتين هو الاستصناع، والدَّولة مستصنعة، والجهة الأخرى صانعة، وثمن الاستصناع منفعة تشغيل المشروع التي تنتفع بها الجهة، وتبقى الجهة الصَّانعة مستفيدة من المشروع على ملك الدَّولة. فتكون العلاقة بين الجهتين علاقة المستصنع والصَّانع إلى أن يكتمل

المشروع، ثم تكون الجهة الصَّانعة تستفيد بحق الامتياز (Concession) في تشغيل المشروع لاستيفاء ثمن الاستصناع.

والأمر الحاسم في تطبيق هذين التَّكييفين هو: من يملك المشروع بعد اكتماله، وفي أثناء استفادة الصَّانعة صاحبة الامتياز؟ فإن كان العقد يصرح بأن المشروع تملكه الجهة الصَّانعة في هذه المدة، وهو ما يُعبَّر عنه بقولهم: (Build Own and Transfer) بمعنى: بناء ـ تملك ـ نقل الملكية، فينطبق عليه التَّكييف الأول، بمعنى: أن العلاقة بين الجهتين علاقة المؤجِّر والمستأجر، أما إذا صرح العقد بأن المشروع تتملكه الدَّولة فور اكتماله، ولكنها تعطي الجهة الصَّانعة حق الاستفادة به خلال مدة العقد، وهو ما يعبر عنه بقولهم: (Build Operate and Transfer) يعني: بناء ـ تشغيل ـ تسليم. فينطبق عليه التكييف الثاني.

وفي كل من هذين النوعين والتكييفين قضايا فقهية، لابد من دراستها قبل أن نحكم عليها بالجواز أو عدمه. ولنتكلَّم عن كل نوع على حدته:

١ ـ النوع الأول: بناءٌ ـ تملكٌ ـ نقلُ الملكيةِ:

أما النوع الأول الذي يبتنى على أساس إجارة الأرض، فقد لا ينطبق على القواعد الفقهية الشَّرعية في صورته المعروفة؛ وذلك لأنه مبنيٌّ على أساس أن الدولة آجرت أرضها للجهة الصَّانعة إلى مدة معلومة، والأجرة المؤجَّلة هي تسليم نفس المشروع بعد انتهاء المدة، وهذا لا يصلح شرعاً؛ لأننا لو أسسنا العقد على أساس إجارة الأرض، فإن الإجارة تبتدئ منذ أول يوم تسلم فيه الأرض إلى الجهة الصَّانعة. والمقرر شرعاً: أن الإجارة عقد متجدد؛ بمعنى: أن كل يوم ينسب إليه جزء من الأجرة المتَّفق عليها، ولو كانت الإجارة لمدة طويلة.

فمثلاً: لو آجر زيد أرضه إلى عمرو لمدة سنة بمبلغ ستة وثلاثين ألف ريال، فإن هذه الأجرة تقسم على عدد أيام السنة، فيستحقُّ زيد مئة ريال

مقابل كل يوم، فلو انفسخت الإجارة قبل سنة لسبب من الأسباب فإنَّ المؤجِّر يستحق الأجرة مقابل الأيام الماضية، فلو كانت الإجارة انفسخت بعد شهرين مثلاً، فإن ما يستحقه المؤجر هو ستة آلاف ريال لما مضى من الأيام، فظهر بهذا أن الأجرة في إجارة الأرض لابد أن تكون قابلة للانقسام على عدد أيام الإجارة؛ ليمكن التصفية بالشكل المذكور عند انفساخ الإجارة قبل انتهاء المدة.

ولكن الأجرة في هذا العقد المشروع نفسه الذي سوف ينشئه المستأجر في مدة ربما تطول، ولا يصلح ذلك المشروع للانقسام على عدد أيام الإجارة، فلو انفسخت الإجارة قبل اكتمال المشروع لا يمكن التَّصفية بتجزئته على عدد الأيام الماضية، فإنه يمكن أن تكون الأيام الماضية ربع مدة الإجارة، والجزء المكتمل ثمنه، أو بالعكس، كما يمكن أن تنفسخ الإجارة قبل أن يبرز جزء من أجزاء المشروع، فظهر أن المشروع المقترح لا يصلح أن يكون أجرة في إجارة الأرض.

فلا سبيل إلى تخريج هذا العقد على أساس الإجارة إلا بأن تحدد أجرة الأرض بنقود معلومة، ولكن يجوز عند انتهاء مدة الإجارة أن يتراضى الطَّرفان بتسليم المشروع إلى المؤجِّر على أساس التَّقويم، وبما أنه لا يجوز في هذه الصُّورة اشتراط سابق لتسليم المشروع عند انتهاء المدة بدلاً من النُّقود، فإن هذه الصِّيغة لا تنفع من حيث كونها عقداً باتّاً يلتزم به الفريقان والذي هو المقصود من العملية.

فتبيَّن بهذا أن العقود التي تنشأ على أساس تملك الجهة الصَّانعة للمشروع، غير موافقة للشَّريعة الإسلامية في صورتها المعروفة.

٢ ـ النوع الثاني: بناءٌ ـ تشغيلٌ ـ تسليمٌ:

أما النوع الثاني، وهو: أن تبني الجهة الصَّانعة المشروع لصالح الدَّولة، ولا تملكه بعد الاكتمال، وإنما تنتفع بتشغيله لمدة معلومة، فإن

هذا العقد في هذه الصُّورة استصناع من الدَّولة، وثمن الاستصناع منفعة المشروع، التي ينتفع بها الصَّانع خلال مدة العقد.

وقبل أن نحكم على هذا العقد بالجواز لابدَّ من التعرُّض لبعض النقاط الفقهية التي يمكن أن تُثار للقول بعدم جوازه؛ وهي:

أ ـ هل يجوز أن يكون ثمن الاستصناع منفعة؟.

ب ـ هل يجوز أن يكون ثمن الاستصناع منفعة تحدث بفعل الصَّانع؟.

ج ـ ألا يتضمَّن هذا العقد غرراً؟ حيث إن مقصود الصَّانع هو الحصول على الموارد المالية التي يرجو أن يُدرَّها المشروع في تلك المدة، وهي غير معلومة.

أ ـ هل تصلحُ المنفعةُ ثمناً؟:

أما كون المنفعة ثمناً للبيع، فقد أجازه الفقهاء؛ يقول العلامة ابن نجيم الحنفي رحمه الله ناقلاً عن «القنية»:

(بعتك عبدي بمنافع دارك سنة، لا يجوز. ثم رقم: هذا بيع في حقِّ العبد إجارة في حقِّ الدَّار؛ فإنه جائز)[١].

وكذلك جوَّزوا أن تكون المنفعة أجرة في الإجارة؛ جاء في «المدونة الكبرى» للإمام مالك رحمه الله:

(فهل يجوز أن يشتري سكناي الذي أسكنته بسكنى دار لي أخرى أو بخدمته، أو بخدمة عبد لي آخر؟ أيجوز ذلك أم لا؟ قال: لا أرى بأساً)[٢].

وقد يستشكل هذا بأن المنفعة التي صارت ثمناً في البيع في مسألة

---

(١) البحر الرائق: ٥/٤٦، طبع مكة المكرمة.

(٢) المدونة الكبرى، للإمام مالك: ٣/٢٦٦.

«البحر الرائق»، أو أجرة في الإجارة في مسألة «المدونة» موجودة عند العقد، فلا يقاس عليها العقد المبحوث فيه، حيث إن المنفعة التي جعلت ثمناً للاستصناع معدومة عند العقد.

ويمكن أن يجاب عنه بأن قضية الاستصناع غير قضية البيع والإجارة، فإن العين المبيع في البيع، والمنفعة المعينة المستأجرة في الإجارة، موجودتان عند العقد، فيجب أن تكون العين أو المنفعة بدلهما موجودةً، أما الاستصناع فالمبيع فيه معدوم، وإنما أجيز العقد لمكان الحاجة والتَّعامل فلا بأس إن كان بدله مثله في كونه معدوماً.

مثل: أن يستصنع زيد خزانة من عمرو بأن يصنع له عمرو منضدة. والظَّاهر أن العقد جائز، مع كون كلٍّ من البدلين معدوماً عند العقد؛ فإن كانت المنفعة التي جعلت بدلاً للاستصناع سوف تحدث بصنعة الصَّانع نفسه، فلا يضر كونه معدوماً بالطريق الأولى؛ لأن وجود المنفعة التي هي الأجرة موقوف على إنجاز الصَّانع للمشروع، وهذا الإنجاز نفسه هو المعقود عليه في الاستصناع، ولا يستحقُّ الصانع الثَّمن إلا بالإنجاز، ومتى حصل الإنجاز، وجدت المنفعة التي هي الثَّمن، فصار وجود الثَّمن لازماً لوجود المبيع.

فلا إشكال من جهة كون المنفعة معدومة عند العقد، نعم قد يتأتَّى هناك إشكال آخر؛ وهو كون هذه المنفعة إنما تحدث بفعل الصَّانع، فتتأتَّى فيها مسألة قفيز الطحان، وهذا يأخذنا إلى النقطة الثانية التي أشرنا إليها.

ب ـ مسألةُ قفيزِ الطَّحان:

ووجه الإشكال من هذه الجهة: أن جمعاً من الفقهاء حكموا بفساد الإجارة إن كانت الأجرة المشروطة لا تحدث إلا بفعل الأجير، والمسألة مشهورة في الفقه بمسألة قفيز الطَّحان، فقد ذكر الفقهاء أنه لو استأجر رجل طحاناً ليطحن دقيقه، واشترط أن يكون قفيزٌ من الدقيق المطحون

أجرةَ طحنه، فإن ذلك لا يجوز. يقول العلَّامة الكاساني رحمه الله، وهو يتحدث عن شرائط صحة الأجرة:

(ومنها: أن لا ينتفع الأجير بعمله، فإن كان ينتفع به لم يجز؛ لأنه حينئذ يكون عاملاً لنفسه فلا يستحق الأجر.. وعلى هذا يخرج ما إذا استأجر رجلاً ليطحن له قفيزاً من حنطة بربع من دقيقها، أو ليعصر له قفيزاً من سمسم بجزء معلوم من دهنه: أنه لا يجوز؛ لأن الأجير ينتفع بعمله من الطَّحن والعصر، فيكون عاملاً لنفسه[1].

(ولو دفع غزلاً لآخر لينسجه بنصفه) أي: بنصف الغزل (أو استأجر بغلاً ليحمل طعامه ببعضه، أو ثوراً ليطحن بُرَّه ببعض دقيقه) فسدت في الكل؛ لأنه استأجره بجزء من عمله)[2].

هذا مذهب الحنفية، ويوافقه مذهب الشَّافعية؛ يقول الإمام النووي رحمه الله:

(لا يجوز أن يجعل الأجرة شيئاً يحصل بعمل الأجير، كما لو استأجر السَّلاخ ليسلخ الشاة بجلدها، أو الطَّحان ليطحن الحنطة بثلث دقيقها، أو قاطف الثمار بجزء منها بعد القطاف، أو لينسج الثوب بنصفه، فكل هذا فاسد)[3].

وحجة هؤلاء الفقهاء في ذلك ما أخرجه الدارقطني في «سننه»: عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه قال: نهى عن عسيب الفحل، زاد عبيد الله: وعن قفيز الطَّحان[4]

---

(١) بدائع الصنائع: ٤/ ٤٦، طبع مكة المكرمة، كتاب الإجارة.

(٢) الدر المختار مع ابن عابدين: ٦/ ٥٦.

(٣) روضة الطالبين: ٥/ ١٧٦.

(٤) سنن الدارقطني: ٣/ ٤٧، حديث (١٩٥) من كتاب البيوع؛ وأخرجه أيضاً: البيهقي في سننه الكبرى: ٥/ ٣٣٩.

وذكر الحافظ ابن حجر رحمه الله في «التلخيص» وقال:

(وفي الإسناد هشام أبو كليب رواية عن ابن أبي نعيم عن أبي سعيد، لا يعرف. قاله ابن القطان والذهبي، وزاد: وحديثه منكر. وقال مغلطاي: وهو ثقة، فينظر فيمن وثقه، ثم وجدته في ثقات ابن حبان)[1].

ولكن الحديث ليس مداره على هشام أبي كليب فقط؛ لأنه تابعه عطاء بن السائب فيما أخرجه الطَّحاوي رحمه الله في «مشكل الآثار» من طريق الإمام أبي يوسف عن عطاء بن السائب عن ابن أبي أنعم، عن بعض أصحاب النبي ﷺ عن النبي ﷺ: «**أنه نهى عن عسب التَّيس، وكسب الحجَّام، وقفيز الطَّحان**»[2] وقال الشيخ العثماني التهانوي رحمه الله: (وهذا سند جيد)[3].

وفسره الإمام عبد الله بن المبارك رحمه الله وهو أحد رواة الحديث؛ بأن صورته: أن يقال للطَّحان: اطحن بكذا وكذا بزيادة قفيز من نفس الطَّحين، وقيل: هو طحن الصبرة لا يعلم مكيلها بقفيز منها[4]

وعلَّله الحنفية والشافعية بأن الأجرة إن كانت من نفس الطَّحن صار الأجير يعمل لنفسه، وهو موجب لفساد الإجارة عندهم، كما سبق في نصوصهم الفقهية.

أما المالكية والحنابلة، فالظاهر أنهم جوَّزوا مثل هذه الإجارة ما دامت الأجرة معلومة، فمجرد كون الأجرة تحدث بفعل الصانع لا يفسد الإجارة عندهم، إلا إذا أدَّى ذلك إلى جهالة الأجرة؛ ولذلك فرَّقوا بين الطحن بصاع من الطَّحين، حيث يجوز عندهم لكون الصاع معلوماً، وبين

---

(١) تلخيص الحبير: ٣/ ٦٠، حديث (١٢٨٦).

(٢) مشكل الآثار، للطحاوي: ٢/ ٣٠٦.

(٣) إعلاء السنن، للتهانوي: ١٦/ ١٨١.

(٤) تلخيص الحبير: ٣/ ٦٠.

سلخ الحيوان بجلده، حيث لا يجوز لما فيه من جهالة صفة الجلد، فقال الدَّردير المالكيُّ رحمه الله:

((و) جاز (صاع دقيق) يدفعه رب القمح ونحوه لمن يطحنه له (منه) أو من غيره في نظير طحنه، (أو) صاع (من زيت) يدفعه ربُّ الزيتون لمن يعصره له أجرة لعصره، (لم يختلف) أي إذا لم يختلف كلٌّ من الحب أو الزيتون في الخروج، فإن اختلف بأن كان تارة يخرج منه الدقيق أو الزيت، وتارة لا، منع للجهالة)[١]

وقال الحطاب رحمه الله:

(والمشهور في مسألة الدقيق جواز الاستئجار بصاع منه. . .إلخ)[٢]

وقال العلَّامة ابن قدامة الحنبلي رحمه الله:

(قال ابن عقيل: نهى رسول الله ﷺ عن قفيز الطَّحان، وهو أن يُعطى الطَّحان أقفزة معلومة ليطحنها بقفيز منها، وعلَّة المنع أنه جعل له بعض معموله أجراً لعمله، فيصير الطحن مستحقّاً له عليه، وهذا الحديث لا نعرفه ولا تثبت عندنا صحته، وقياس قول أحمد جوازه لما ذكرنا عنه من المسائل)[٣]

وقال في موضع آخر:

(قال أحمد رحمه الله في رواية، منها: لا بأس أن يحصدَ الزَّرع ويصرمَ النَّخل بسدس ما يخرج منه، وهو أحبُّ إلي من المقاطعة، إنما جاز ههنا لأنه إذا شاهده فقد علمه بالرؤية، وهي أعلى طرق العلم، ومن علم شيئاً علم جزأه المشاع، فيكون أجراً معلوماً)[٤]

---

(١) الشرح الكبير، للدردير مع الدسوقي: ٤/ ٩.

(٢) مواهب الجليل، للحطاب: ٥/ ٣٩٨.

(٣) المغني مع الشرح الكبير، لابن قدامة، كتاب المضاربة: ٥/ ١١٩، طبع بيروت.

(٤) المغني، لابن قدامة، كتاب الإجارة: ٦/ ٧٢.

لكن قال العلّامة البهوتي رحمه الله:

((ولا) يصح استئجاره على (طحن كر) مكيل بالعراق... (بقفيز منه) أي المطحون؛ لحديث الدارقطني مرفوعاً: أنه نهى عن عسب الفحل، وعن قفيز الطَّحان، ولأنه جعل له بعض معموله أجراً لعمله فيصير الطحن مستحقّاً له وعليه، ولأن الباقي بعد القفيز مطحوناً لا يدرى كم هو؟ فتكون المنفعة مجهولة. وتقدم: لو استأجره بجزء مشاع منه كسدسه، يصح)[1]

وهذا يدل على أن الحنابلة في مسألة قفيز الطَّحان على قولين، وما ذكره البهوتي مبنيّ على ما ذكره ابن قدامة عن ابن عقيل، ولكن صحَّح ابن قدامة خلافه، وهو الجواز، وقد ذكر البهوتي وجهين لعدم الجواز:

الأول: أن علَّة المنع جعل بعض معموله له أجراً لعمله، وهي العلَّة التي ذكرها الحنفية والشافعية، ولكن لو سلم كونه علَّة للمنع، فينبغي أن يطَّرد ذلك في طحنه بجزء مشاع أيضاً، كما تقدم عن «بدائع الصنائع»، ولكن ذكر البهوتي أنه جائز؛ مما يدل على أن ذلك ليس علَّة مطَّردة عند الحنابلة.

والوجه الثاني: الذي ذكره البهوتي: وهو الجهالة، فإنما ينطبق فيما إذا لم يعرف كيل جملة الطحن، أما إذا عرف ذلك فلا، وذلك يدل على أن علَّة المنع هي الجهالة، فيجوز إذا ارتفعت الجهالة بصورة من الصُّور؛ وهو عين ما رجحه ابن قدامة وذهب إليه المالكية.

وبالجملة: فالذي يظهر من راجح مذهب المالكية والحنابلة أن مجرد كون الأجرة من عمل الأجير لا يصلح علَّة لعدم الجواز عندهم، وإنما يتوجه المنع إذا كان ذلك يؤدي إلى جهالة في الأجرة، فلعلهم لم يثبت

---

(١) شرح منتهى الإرادات، للبهوتي: ٢/ ٣٥٤، كتاب الإجارة، طبع دار الفكر.

عندهم حديث النَّهي عن قفيز الطَّحان، أو حملوه على ما يؤدي إلى الجهالة إما في الأجرة، أو فيما يبقى من المطحون بعد دفع الأجرة.

وهناك ناحية أخرى في هذا الموضوع، وهي: أن الحنفية وإن لم يجيزوا قفيز الطَّحان في أصل مذهبهم، وقاسوا على ذلك الغزل ببعض المنسوج، وعدة صور أخرى ممَّا تكون فيه الأجرة من عمل الأجير، ولكن اختار مشايخ بلخ جواز الغزل ببعض المنسوج وصور أخرى، سوى مسألة الطَّحن، وذلك على أساس العرف والتَّعامل والحاجة، وقالوا: إن العرف والتَّعامل ممَّا يترك به القياس، وقد شرح ذلك العلَّامة ابن عابدين رَحِمَهُ اللهُ في «شرح عقود رسم المفتي»؛ حيث قال:

(قال في «الذخيرة» في الفصل الثامن من الإجارات في مسألة ما لو دفع إلى حائك غزلاً لينسجه بالثلث: ومشايخ بلخ كنصير بن يحيى، ومحمد بن سلمة، وغيرهما، كانوا يجيزون هذه الإجارة في الثياب لتعامل أهل بلدهم في الثياب، والتعامل حجة يترك به القياس ويخصُّ به الأثر، وتجويز هذه الإجارة في الثياب للتَّعامل بمعنى تخصيص النَّص الذي ورد في قفيز الطَّحان أن النَّص ورد في قفيز الطَّحان، لا في الحائك، إلا أن الحائك نظيره، فيكون وارداً فيه دلالة، فمتى تركنا العمل بدلالة هذا النَّص في الحائك وعملنا بقفيز الطحان كان تخصيصاً لا تركاً أصلاً، وتخصيص النَّص بالتعامل جائز، ألا ترى أنا جوزنا الاستصناع للتعامل، والاستصناع بيع ما ليس عنده، وإنه منهي عنه، وتجويز الاستصناع بالتَّعامل تخصيصٌ منا للنَّص الذي ورد في النَّهي عن بيع ما ليس عند الإنسان، لا ترك النَّص أصلاً، لأنّا عملنا بالنص في غير الاستصناع... إلخ)[١].

وبما ذكرنا في مسألة قفيز الطَّحان في الصفحات الماضية اتضحت النِّقاط الآتية:

---

(١) شرح عقود رسم المفتي، ص ٤٠، طبع كراتشي.

١ ـ كون الأجرة تحدث بفعل الأجير لا يفسد الإجارة عند المالكية، وفي الرَّاجح من مذهب الحنابلة، وعلى هذا لو كان ثمن الاستصناع منفعة تحدث بفعل الصَّانع، فإنه لا يفسد العقد عندهم من هذه الجهة.

٢ ـ إن مشايخ بلخ من الحنفية قد أجازوا الغزل ببعض المنسوج على أساس التَّعامل، فإذا حدث هناك تعامل في غير قفيز الطَّحان بحيث جعلت الأجرة ممَّا يحدث بفعل الأجير، فإنه يجوز عندهم.

٣ ـ إن الحنفية والشَّافعية الذين يمنعون قفيز الطَّحان يعلّلون المنع بأن الإجارة معقودة على عمل الأجير، فإن كانت الأجرة تحدث بفعل الأجير صار كأنه يعمل لنفسه، وهذا إنما يتأتَّى في الإجارة المحضة؛ التي تنصب على عمل الأجير. أما الاستصناع فهو قسم من أقسام البيع، وعمل الصانع وإن كان ملحوظاً في العقد فإنه ليس محلّاً للعقد، وإنما محل العقد هو الشيء المصنوع، ولذلك يجوز للصانع أن يأتي بشيء مصنوع من قبل، إما من عنده أو من السوق، إذا كان موافقاً للمواصفات المشروطة، ولو كان محل العقد عمل الصانع لما جاز ذلك، فلما لم يكن عمل الصانع محلَّ العقد فلا يتأتَّى فيه ما ذكروه في قفيز الطَّحان من أنه يعمل لنفسه، وبهذا يفترق الاستصناع من الإجارة.

وعلى أساس كل واحد من هذه الوجوه الثلاثة لا يتوجه منع قفيز الطَّحان إلى عقود التشغيل بعد البناء.

ولكن بما أن المستصنع لا يجوز له التَّصرف في المصنوع قبل تسلُّمه، فإنه يجب لجواز هذه العملية أن يسلّم المشروع إلى الجهة المستصنعة بعد إنجازه حتَّى ينتقل ضمانه إلى المستصنع، ويجوز له تقديم منفعته إلى الصَّانع كثمن للاستصناع.

ج ـ هل هناك غررٌ في هذه العقود؟:

والنقطة الثالثة في عقود البناء والتشغيل: أن فيه شبهةَ الغَرر، من حيث

إن مقصود الجهة الصَّانعة من تشغيل المشروع أن تحصل على موارد مالية من خلال رسوم تفرضها على الذين يستخدمون المشروع (مثل: المرور على الجسر أو الشارع)، أو يستهلكون ما يوفر لهم المشروع (مثل: الكهرباء أو الماء)، وإن هذه الموارد المالية غير معلومة عند العقد، وإنما تقدِّرها الجهة الصَّانعة ظنّاً منها بأنها سوف تحصل على ما يغطي تكاليف المشروع مع ربح زائد، ولكن لا يدري أحد هل يتحقق أملها أو لا؟.

والجواب عن هذه الشبهة: أن ثمن الاستصناع ليس تلك الموارد المالية المظنونة، وإنما هو منفعة المشروع، وهي منفعة مستقلَّة معلومة لها قيمة. وهذا مثل: أن يشتري رجل مجمّعاً سكنيّاً لتأجير شققه، فإنه لا يدري عند شراء المجمّع كم سيحصل عليه من أجرة، ولكن ذلك لا يوجب الغَرر؛ لأن الذي اشتراه هو منفعة المجمَّع، وهي منفعة مستقلَّة، وليس محل الإجارة الموارد المالية التي يتوقع الحصول عليها من خلال إجارة شققه.

ثانياً: حقُّ الامتياز (Concession):

إن عقود البناء والتشغيل يصحبها عادة حقُّ الامتياز الذي تمنحه الحكومة للجهة الصَّانعة، فلابدَّ من إلقاء نظرة على هذا الحقِّ.

إن حقَّ الامتياز ترجمة للاصطلاح الإنكليزي (Concession)، وقد عرفته اللغة القانونية الإنكليزية بما يأتي[١]:

A grant, ordinarily applied to the grant of specific privileges by a government.

(هو عطاء، وعادة هو عطاء استحقاقات خاصة من قبل الحكومة).

وإن هذا التَّعريف، وإن كان عامّاً جدّاً في ظاهره، ولكن مفهومه

---

(١) Blak's Law Dictionary 5th edition p.262.

المتعارف هو أن تمنح الحكومة حقّاً للمعطى له يحق له من خلاله أن يستفيد ببعض استحقاقات الحكومة، مثل: فرض الرُّسوم على من يمر على الشوارع المعبدة، والحصول عليها.

وليس من الضروري أن يمنح حق الامتياز لجهة من أجل دخولها في عقد البناء والتشغيل، بل قد يعطى هذا الحق لجهة بعدما تبني الحكومة المشروع على نفقتها.

مثلاً: قد تبني الحكومة الشارع بنفسها، ثم تعطي حق الامتياز لجهة مقابل مبلغ مقطوع، ثم إن الجهة صاحبة الامتياز تقوم بتشغيل الشَّارع، وتتقاضى الرُّسوم من المارين على الشارع.

وإن هذه الحالة تحتمل وجهين:

الأول: أن يعتبر هذا العقد بيعاً للرسوم المتوقَّع حصولها من السيّارات والعربات التي تمرّ على الشَّارع، والعقد على هذا الاعتبار باطل، فإنه بيع نقود بنقود مؤجلة بتفاضل وغرر.

والثاني: أن يكون العقد إجارةً للشَّارع من قبل الحكومة التي تملكه، فالجهة صاحبة الامتياز تملك منفعة الشَّارع إلى مدّة معلومة، ثمّ إنّها تتقاضى الرسوم من العربات التي تنتفع بالمرور عليه، وتقاضي الرسوم في هذه الحالة يُشبه الإجارة من الباطن، وهي جائزة عند المالكية والشافعية سواء كانت الأجرة في الباطن زائدة على الأجرة التي يدفعها المستأجر الأول إلى المالك، وهو المختار عند الحنابلة، أما الحنفية، فذهبوا إلى أن الزيادة لا تطيب للمستأجِر الأول، وهو رواية عن الإمام أحمد أيضاً[(١)]. ولكن ذكر الحنفية أن الزيادة تطيب في حالتين:

---

(١) راجع: المغني، لابن قدامة: ٦/٥٣، دار الكتب العربية ـ بيروت؛ والموسوعة الفقهية الكويتية: ١/٢٦٧.

الأولى: أن تكون الأجرة التي يتقاضاها المستأجِر الأول بغير جنس الأجرة التي يدفعها إلى المالك.

والثانية: أن يحدث في العين المؤجَّرة زيادة[١]

وإن أصحاب الامتياز يُحدثون في الشَّارع زيادات كثيرة من أجل تشغيله، فلو فعلوا ذلك تطيب الزِّيادة لهم عند الحنفية أيضاً.

وطرحت هذين الاحتمالين أمام العلماء للبتِّ فيهما، والظَّاهر أن الاحتمال الثاني ـ أعني: كون هذا العقد إجارة للشارع ـ هو الراجح؛ لأن الحكومة حينما تعطي حق الامتياز، فإنها ليست لها عقد إجارة مع أيّ أحد، حتى يقال: إنها باعت النقود بالنقود، فالظَّاهر أنها آجرت منفعة الشارع إلى صاحب الامتياز، نعم يجب على الحكومة أن تضع شروطاً على صاحب الامتياز؛ لكي لا يُجحف في فرض الرسوم على المستفيدين. وإن وضع هذه الشُّروط ليس بصفة كون الحكومة عاقدة، وإنما هو بصفة كونها حكومة راعية لمصالح العامة.

أما في عقد البناء والتشغيل، فإن هذا الحقَّ الذي هو عبارة عن منفعة المشروع أصبح ثمناً للاستصناع، وهو جائز كما حققنا فيما سبق، وإن هذا التَّكييف الذي ذكرناه موافق لما جاء في قرار النَّدوة الفقهيَّة الثالثة عشرة لمجموعة البركة، المنعقدة في جدَّة بتاريخ (٦ ـ ٧ رمضان سنة ١٤١٧هـ)، ونصُّ القرار كما يلي:

(فإذا كان محل عقد الامتياز إقامة مشروع فيه مبانٍ ومعدَّات تكلف أموالاً تزيد كثيراً عن قيمة الأرض، وذلك كبناء جسر، أو إنشاء محطة كهرباء أو مياه أو تعبيد طريق، فإن العلاقة بين الدولة (مانحة الامتياز)

---

(١) الفتاوى الهندية، كتاب الإجارة، باب (٧): ٤/ ٤٢٥؛ ورد المحتار: ٦/ ٢٩، باب ما يجوز من الإجارة... إلخ.

وصاحب الامتياز يمكن أن تكون علاقة استصناع، والثَّمن فيه هو الانتفاع بالمشروع مدة معلومة، ولابدَّ أن تكون رسوم الانتفاع عادلة، وغير مُجحِفة بمستخدمي المشروع)(١).

غير أن بعض المشاركين في النَّدوة اقترحوا تعديلاً في العقد، بأن يكون ثمن الاستصناع مبلغاً مقطوعاً، ونصُّ رأيهم ما يلي:

(ورأى بعض الفقهاء المشاركين في النَّدوة: أن الأَوْلى تحديد ثمن الاستصناع بمبلغ معين، يغطِّي تكاليف المشروع وربح صاحب الامتياز، مع تمكينه من استغلاله المدة التي يحصل بها على ذلك المبلغ)(٢)

وإنما اقترح هؤلاء الفقهاء ذلك تفادياً للشُّبه الثلاث التي ذكرناها في تكييفه على أساس كون المنفعة ثمن الاستصناع، ولا شكَّ أن ذلك أَوْلى وأبعد عن الشُّبهات، ولكن يجب في هذه الحالة أن يكون هناك عقدان منفصلان: **الأول**: عقد الاستصناع بمبلغ معلوم، **والثاني**: إجارة المشروع لمدة معينة بنفس المبلغ، وتقع المُقاصَّة بينهما عند انتهاء المدة.

وقد طرح في تلك النَّدوة تكييف آخر لعقد البناء والتَّشغيل، وذلك مذكور في آخر قرار النَّدوة بما نصّه:

(ورأى البعض إمكان تخريج هذا العقد على أساس الإقطاع لصاحب الامتياز إقطاع انتفاع لمدة معينة، ثم تؤول المنشأة بعدها إلى الدولة).

ولي في هذا التَّكييف نظر، فإن الإقطاع يكون بغير عِوَض، ولو كان ذلك إقطاع انتفاع لمدة معينة لما وجب عليه أن يترك المشروع لصالح الدَّولة المقطعة. ولو اشترط ذلك عليه صار عقد معاوضة، دون إقطاع. فيؤول الأمر إلى كونه إجارة أو استصناعاً كما حققناه من قبل.

---

(١) فتاوى ندوات البركة، ص ٢٢٠، الطبعة الخامسة، جدة ١٤١٧هـ، قرار رقم (١٣/ ٢).
(٢) المصدر السابق نفسه.

وبعد الفراغ من تكييف عقود البناء والتَّشغيل، نريد أن نتعرض لبعض الجُزئيات المتعلقة بها:

ثالثاً: الإشرافُ الحكوميُّ على المشروع:

قد ذكرنا في أول هذا البحث أن مقصود الحكومة من الدُّخول في عقود البناء والتشغيل هو: أن يُنشأ مشروع من مشاريع القطَّاع العام بتمويل القطَّاع الخاصِّ، وما دام أن المقصود إنشاء مشروع لصالح القطاع العام، فإن الحكومة بعد الدُّخول في هذا العقد لا تجلس منعزلة عن كيفية إنجاز المشروع، بل إنها تشرف على جميع مراحل الإنجاز إشرافاً دقيقاً، لكي ينشأ المشروع حسب متطلباتها، وموافقاً للمواصفات التي اتفق عليها في العقد.

وبما أن العلاقة بين الدَّولة والجهة الصَّانعة ـ حسبما حققناه فيما سبق ـ علاقة المستصنع بالصَّانع، فمن طبيعة هذه العلاقة أن يكون المستصنع يشرف على مراحل إنجاز المشروع، فلا مانع من ذلك شرعاً.

رابعاً: طرقُ التَّمويلِ التي تستفيدُ بها الجهةُ الصَّانعةُ:

ثم إن عقود البناء والتَّشغيل تتعلق عادة بمشاريع كبيرة تتطلب أموالاً هائلة، وقد لا تستطيع الجهة الصَّانعة أن تتحمل هذه النَّفقات من جيبها الخاص، فتحتاج إلى تمويل من المؤسسات المالية على أساس القروض الرِّبوية، أو من الشَّعب على أساس إصدار السَّندات الرِّبوية.

وكل ذلك حرام في الشَّريعة الإسلامية لحرمة الرِّبا؛ فما هو البديل لتمويل الجهة الصَّانعة؟.

والجواب: إن الجهة الصَّانعة يمكن لها أن تستفيد بأي طريق من طرق التَّمويل الإسلامي من: المشاركة، والمرابحة، والإجارة، وما إلى ذلك. أما المرابحة فيمكن تطبيقها في جزئيات المشروع، فيمكن أن تشتري المواد الخام للمشروع عن طريق المرابحة، كما يمكن أن توفر آلات

ومعدَّات للمشروع، بأن تشارك مؤسسة أو مؤسسات مالية بطريق التَّمويل المجمع في المشروع.

خامساً: المشاركةُ بطريقِ التَّوريقِ:

وإن التَّمويل على أساس المشاركة يمكن بطريق التَّوريق (Securitization) أيضاً، فيجوز للجهة الصَّانعة صاحبة الامتياز أن تصدر صكوكاً يساهم بها حملتها في المشروع، ويحقُّ لهم الاستفادة من الموارد المالية التي تحصل بفرض الرُّسوم على المستخدمين.

ويجوز إصدار هذه الصُّكوك قبل الشُّروع في بناء المشروع، فتكون الصُّكوك صكوكَ المشاركة؛ التي تمثل لحملتها الحِصَّة الشَّائعة في جميع العملية، فكأن مجموعة حملة الصُّكوك هم الذين دخلوا في عقد الاستصناع مع الدَّولة، وبذلك يساهمون في جميع حقوق الجهة الصَّانعة والتزاماتها، ويشاركونها في الموارد المالية الحاصلة من منفعة المشروع.

وكذلك يظهر أنه لا مانع من إصدار الصُّكوك بعد اكتمال المشروع، وحينئذ تكون هذه الصكوك ممثلة للحصة الشَّائعة في المنفعة التي حصلت عليها الجهة الصَّانعة ثمناً للاستصناع، وحاصل ذلك أن المنفعة أصبحت مملوكة للجهة الصَّانعة لمدة متفق عليها، فيجوز لها أن تشرك الآخرين فيها لقاء عوض مالي، فيكون مثل أن يملك رجل منفعة مجمع سكني باستئجاره من المالك، ثم يدخل الشُّركاء في حصصه الشَّائعة قبل إجارة شققه إلى المستأجرين النِّهائيين.

وليس هذا من قبيل إجارة ما هو مؤجَّر من قبل، حيث لا يجوز؛ لأن المنفعة في تلك الحالة انتقلت إلى المستأجر، فلا يملك المالك إجارته مرة أخرى، ولا يكون إلا بيعاً للأجرة المتوقَّع لها من المستأجِر الأول، وذلك غير جائز.

أما في موضوعنا فإن منفعة المشروع باقية في ملك الجهة الصَّانعة،

ولم تنتقل إلى أحد، والذين يستفيدون من المشروع، فإن استفادتهم جزئية وآنية. فإذا كان المشروع جسراً أو طريقاً معبداً، فإن منفعتهما مملوكة للجهة الصَّانعة بحق الامتياز، والذين يمرون على الجسر أو على الطَّريق المعبَّد، فإن المنفعة لا تنتقل إليهم، وإنما يستفيدون بها استفادة جزئية وآنية؛ فإن أدخل مالكُ المنفعةِ شركاءَ جدداً، فلا يقال: إنه ملَّكهم حصة من المنفعة التي انتقلت إلى المستأجرين، بل إنه يملكهم حصصاً في المنفعة القائمة بيده، ولا محظور في ذلك.

على هذا يجوز لمالك هذه المنفعة أن يصدر صكوكاً تمثِّل حِصصاً شائعة في هذه المنفعة، ولما ملك حملة الصكوك حِصصاً من المنفعة، فإنهم يستحقون حصصاً شائعة من الرُّسوم التي تفرض على من يمرُّ على الجسر أو على الشارع، وبما أن هذه الصُّكوك تمثل ملكية في المنفعة دون مبلغٍ ماليٍّ، فإنه يجوز تداولها في السُّوق الثانوية.

وهكذا يمكن أن تحدث هذه الصُّكوك آلية جيدة لاستجلاب فضول أموال الناس، وتشغيلها في مشاريع القِطَّاع العام، بحيث يفيد المشروع، كما يفيد الشَّعب في الحصول على ربحٍ جيِّد.

والله ﷻ أعلم.

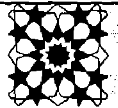


(١٩)

أحكامُ الجوائزِ

بحثٌ مقدَّم إلى ندوةِ البركةِ، مكة المكرمة، رمضان المبارك (١٤٢٣هـ).

* * *



١٩

أحكامُ الجوائزِ

● مقدمة:

الحمد لله ربِّ العالمين، والصَّلاة والسَّلام على سيدنا ومولانا محمد النبيِّ الأمين، رسول الله خاتم النبيين، وعلى آله وأصحابه أجمعين، وعلى كل من تبعهم بإحسان إلى يوم الدِّين.

أمَّا بعد: فقد كثرت في زماننا أنواع الجوائز والحوافز التي تستخدم في التِّجارات لترويج المنتجات، وقد تشتبه هذه الجوائز والحوافز بعقود القِمار، أو الغرر، أو الرِّبا، فمسَّت الحاجة إلى بيان الضَّوابط الفقهيَّة التي تحكم مشروعيَّة هذه الجوائز أو عدمها.

والمقصود في هذا البحث المتواضع إيضاح هذه الضَّوابط وبيان حكم الصُّور المختلفة من الجوائز في ضوئها.

والله سبحانه هو الموفق والهادي إلى الصَّواب.

أولاً: ما هي الجائزةُ؟:

الجائزةُ في اللغة: العطيّة. قال ابن منظور:

(والجائزة: العطيَّة، وأصله أن أميراً واقف عدوّاً، وبينهما نهر، فقال: من جاز هذا النَّهر فله كذا، فكلَّما جاز منهم واحد أخذ جائزة).

وقال آخرون:

(أصل الجائزة: أن يعطي الرَّجلُ الرَّجُلَ ماءً ويُجيزه ليذهب لوجهه،

فيقول الرَّجل إذا ورد ماء لقيِّم الماء: أجزني ماء، أي: أعطني ماء حتى أذهب لوجهي وأجوزَ عنك، ثم كثر هذا، حتى سمُّوا العطيَّة جائزة)[١].

ثم استعملت الكلمة للعطيَّة التي تعطى على سبيل الإكرام، ومنه حديث أبي شريح الكعبي رضي الله عنه: أن رسول الله ﷺ قال: «**من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فليكرم ضيفَه؛ جائزتُه يوم وليلة**»[٢]

وقال الخطَّابيُّ:

(معناه: أنه إذا نزل به الضَّيف أن يتحفه ويزيده في البرِّ على ما بحضرته يوماً وليلة)[٣].

ومنه قول رسول الله ﷺ في مرض وفاته: «**وأجيزوا الوفدَ بنحوِ ما كنت أجيزُهم**»[٤].

وقال الحافظ ابن حجر في «شرحه»:

(**أجيزوا الوفد**، أي: أعطوهم، والجائزة: العطية. وقيل: أصله أن ناساً وفدوا على بعض الملوك وهو قائم على قنطرة، فقال: أجيزوهم، فصاروا يعطون الرَّجل ويطلقونه، فيجوز على القنطرة متوجهاً، فسميت عطية من يقدم على الكبير جائزة)[٥]

ثم صارت الكلمة تستعمل الآن عموماً لعطيّة تُعطى لشخص اعترافاً بحسن صنيعه في مجال من المجالات، وإكراماً له، وتشجيعاً للآخرين.

---

(١) لسان العرب، لابن منظور: ٥/ ٣٢٧، طبع إيران، ١٤٠٥هـ.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الأدب، باب إكرام الضيف، حديث ابن عباس.

(٣) فتح الباري: ١٠/ ٥٣٣، طبع السلفية.

(٤) أخرجه البخاري في كتاب الجهاد، باب هل يستشفع إلى أهل الذمّة، من حديث ابن عباس، حديث (٣٠٥٣)، وفي المغازي، باب مرض النبي ﷺ ووفاته، حديث (٤٤٣١).

(٥) فتح الباري: ٨/ ١٣٥.

وكان يفعله الأمير في الجهاد لتحريض النَّاس على القتال والثَّبات أمام العدوِّ، ويسمَّى تنفيلاً؛ وعليه حمل الحنفية وغيرهم قول رسول الله ﷺ: «من قتل قتيلاً له عليه بيِّنة فله سلبه»[١]

وقال الحصكفي رحمه الله:

(وندب للإمام أن ينفّل وقت القتال حثّاً وتحريضاً، فيقول: من قتل قتيلاً، فله سلبه... أو يقول: من أخذ شيئاً فهو له، وقد يكون بدفع مال وترغيب مآل).

وقال ابن عابدين تحته:

(أي: ترغيب في المآل، مثل: إن قتلت قتيلاً، فلك ألف درهم)[٢].

ثانياً: حكمُ الجائزةِ:

وإن مثل هذه الجوائز التي تمنح على أساس عمل عمله أحد، لا تخرج عن كونها تبرُّعاً وهبة؛ لأنَّها ليس لها مقابل، وإن العمل الذي عمله الموهوب له، لم يكن على أساس الإجارة، أو الجعالة، حتى يقال: إن الجائزة أجرة لعمله، وإنما كان على أساس الهبة للتَّشجيع.

وجاء في «الموسوعة الفقهية» الكويتيَّة:

(الأصل إباحة الجائزة على عمل مشروع، سواء أكان دينيّاً أو دنيويّاً؛ لأنه من باب الحثِّ على فعل الخير، والإعانة عليه بالمال، وهو من قبيل الهبة)[٣]

وبما أن حقيقة الجائزة أنها هبة بدون مقابل، فإنها ليست من عقود المعاوضة، وإنما هي من قبيل التبرُّعات، فمن شروط جوازها أن تكون

(١) صحيح البخاري، فرض الخمس، باب من لم يخمّس الأسلاب، حديث (٣١٤٢)، عن أبي قتادة.

(٢) الدر المختار مع رد المحتار: ٣/ ٢٦١، دار الكتب العربية الكبرى ـ بمصر.

(٣) الموسوعة الفقهية: ١٥/ ٧٧، وزارة الأوقاف والشؤون الدينية ـ الكويت.

تبرُّعاً من المجيز بدون أن يلتزم المُجاز بدفع عوض ماليٍّ مقابل الجائزة. وعلى هذا، فالجائزة على قسمين:

١ ـ **الجائزة التي تُمنح بدون التزام أو وعد سابق**: مثل: أن ينجح طالب في امتحان، فيعطى جائزة من أستاذه، أو أحد أقاربه، أو غيرهم بعد نجاحه، بدون أن يكون التزم بذلك في وعد سابق، وهذا تبرُّع وهبة بدون أيِّ شكٍّ، ولا شبهة في حلّتها.

٢ ـ **الجائزة التي تُمنح على أساس التزام أو وعد سابق**: فيلتزم المُجيز بأنه سيمنح المُجاز جائزة عند وقوع واقع معيّن لا يدري أحد هل يقع أو لا؟ ومن شروط جوازه: أن يكون تبرُّعاً محضّاً من قبل المجيز، وأن لا يشترط على المُجاز أن يدفع عوضاً عن الدُّخول في المخاطرة؛ لأنه إن اشترط عليه ذلك دخل في عقود المعاوضة التي يحرم فيها الغرر والمخاطرة، ويتأتّى فيها القمار، وقد عرَّفه الإمام الخطابي رحمه الله بقوله:

(إنما هو مواضعة بين اثنين على مال يدور بينهما في الشِّقَّين، فيكون كل واحد منهما إما غانماً، أو غارماً)[1].

وهذا هو معنى الميسر الذي حرّمه القرآن الكريم بقوله:

﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِنَّمَا ٱلْخَمْرُ وَٱلْمَيْسِرُ وَٱلْأَنصَابُ وَٱلْأَزْلَٰمُ رِجْسٌ مِّنْ عَمَلِ ٱلشَّيْطَٰنِ فَٱجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ﴾ [المائدة: ٩٠].

وقد روي عن عبد الله بن عمر، ومحمد بن سيرين، ومجاهد، وسعيد بن المسيِّب، وقتادة، والحسن البصريّ، وطاوس، وعطاء وغيرهم: أنهم جعلوا الميسر مرادفاً للقمار[2].

---

(١) معالم السنن، للخطابي، كتاب الجهاد، باب في المحلّل: ٣/ ٤٠٠، رقم (٢٤٦٩).
(٢) تفسير ابن جرير: ٢/٣٥٨، دار الفكر ـ بيروت، ١٤٠٥هـ.

ومن أجل هذا حرّم القرآن الكريم الاستقسام بالأزلام في الآية المذكورة، وفي أول سورة المائدة، (الآية **٣**).

والذي يتبيَّن من النَّظر في أحكام القرآن والسُّنَّة والفقه الإسلامي بشأن القمار، أن القمار يتركَّب من أربعة عناصر:

الأول: أنه عقد معاوضة بين جهتين أو فردين.

الثاني: أن كل فريق في هذا العقد يعلِّق ملكه على خطر.

الثالث: أن حصول المال الزَّائد في هذا العقد موقوف على واقع يحتمل الوقوع وعدمه.

الرابع: أن المال المعلَّق على الخطر في القمار، إمَّا يضيع من يد صاحبه بدون عِوَض، أو يجلب مالاً أكثر.

فحيث وجدت هذه العناصر الأربعة تحقق القِمار.

ثمَّ القمارُ على قسمين:

١ ـ القمار الذي لا يبذل فيه أحد الفريقين ماله حتماً، وإنَّما يتوقف الدفع من أحد الفريقين على خطر، أي على واقع يحتمل الوقوع وعدمه. وهذا مثل: الاستقسام بالأزلام، ومثل: المراهنة في السباق، يشترط فيه المتسابقان أن الذي يفشل في المسابقة يدفع إلى النَّاجح مالاً معلوماً. جاء في «الدر المختار»:

(ولا بأس بالمسابقة في الرَّمي والفرس... وحلَّ الجُعل... إن شرط المال في المسابقة من جانب واحد، وحرم لو شرط فيها من الجانبين؛ لأنه يصير قماراً)[1].

٢ ـ والقسم الثاني من القمار ما يتعين فيه بذل المال من جانب واحد، وبذله من الجانب الآخر موقوف على أمر يحتمل الوقوع وعدمه. وإن الذي

(١) الدر المختار مع رد المحتار: ٥/ ٢٨٥.

يبذل فيه المال إنما يخاطر به، من حيث إن ماله المبذول إمَّا سيضيع بدون عوض، أو سيجلب مالاً أكثر منه.

ويدخل في هذا القسم جميع العمليَّات الرائجة في الكازينوات (محلّات القمار) التي تدفع فيها الرُّسوم للدُّخول في عمليَّات المخاطرة وعمليات يانصيب، والتي تباع فيها التَّذاكر والكوبونات بسعر معيَّن، ثمَّ توزَّع الجوائز الغالية على أساس القرعة، وبما أنَّ هذه الجوائز إنما تمنح بمقابل فإنها ليست جوائز في الحقيقة، وإنّما هي أموال القِمار، وإن سُميت جوائز.

فتبيَّن بهذا أن الجوائز المشروعة يشترط فيها أن تكون تبرُّعاً بدون مقابل ماليّ، وإلّا فإنها تدخل في القمار، أو في عقود الغَرر الأخرى. وكذلك يجب أن لا تكون هذه الجوائز موعودة على القروض، لأنّها تدخل في الرِّبا.

وبعد معرفة حقيقة الجوائز المشروعة، وتأصيل هذه الأصول والضَّوابط ننتقل إلى بيان حكم الأنواع المختلفة من الجوائز التي ظهرت في السُّوق:

١ ـ الجوائزُ على شراءِ المنتجاتِ:

وإنَّ النوع الأول من هذه الجوائز غالباً ما تمنح على أساس القرعة ونحوها، لمشتري بضاعة مخصوصة أو منتج مخصوص؛ فإنّ كثيراً من التجَّار يعلنون جوائز يوزِّعونها على جملة منتخبة من المشترين، الذين يشترون بضاعتهم، ويقع انتخاب المجازين إمّا عن طريق القرعة، أو على أساس أرقام الكوبونات التي توضع مع البضاعة.

فمن اشترى بضاعة حصل على كوبون، فلو وافق رقم كوبونه الرقم المنتخب للجائزة، استحقَّ أن يحوز الجائزة المخصَّصة لذلك الرقم.

وإن حكم مثل هذه الجوائز أنها تجوز بشروط:

الشَّرط الأوَّل: أن يقع شراء البضاعة بثمن مثله، ولا يزاد في ثمن البضاعة من أجل احتمال الحصول على الجوائز؛ وهذا لأنّه إن زاد البائع على ثمن المثل، فالمقدار الزَّائد إنما يدفع من قبل المشتري مقابل الجائزة المحتملة، فصارت الجائزة بمقابل ماليٍّ فلم تبق تبرُّعاً، وإن هذا المقابل الماليَّ إنما وقع به المخاطرة، فصارت العمليَّة قماراً.

أما إذا بيعت البضاعة بثمن مثلها، فإن المشتري قد حصل على عوض كامل للثَّمن الذي بذله، ولم يخاطر بشيء، فالجائزة التي يحصل عليها جائزة بدون مقابل، فيدخل في التبرُّعات المشروعة.

الشَّرط الثاني: أن لا تتخذ هذه الجوائز ذريعة لترويج البضاعات المغشوشة؛ لأن الغشَّ والخداع حرام لا يجوز بحال.

الشَّرط الثَّالث: أن يكون المشتري يقصد شراء المنتج للانتفاع به، ولا يشتريه لمجرد ما يتوقع من الحصول على الجائزة؛ لأنه إن لم يكن يقصد شراء المنتج، فإنَّ ما يبذله من الثَّمن، إنما يبذله من أجل الجائزة، فكأن فيه شبهة المخاطرة، فلا يخلو من شبهة القمار.

ويدخل في هذا النَّوع جميع الجوائز التي تُمنح من قبل التجَّار لعملائهم على أساس عدد معين من التَّعاملات، مثل: الجوائز التي تعطيها شركات الخطوط الجوِّية، والفنادق الكبيرة على أساس النِّقاط التي تُحسب في حساب العميل، وكلَّما بلغت هذه النِّقاط إلى عدد معين، استحقَّ العميل جائزة معلومة.

٢ ـ الجوائزُ على السَّندات الحكوميَّة:

ويوجد في عصرنا نوع آخر من الجوائز، وهو ما يعطى لحاملي السَّندات الحكوميَّة (Prize Bonds) على أساس القرعة.

والحكم الشَّرعي لهذه الجوائز موقوف على معرفة حقيقة هذه السَّندات.

وحقيقتها: أن الحكومة ربما تحتاج إلى الاستقراض من عامَّة الشَّعب لمواجهة عجز ميزانيتها، فتعطي كل مُقرِض سنداً يمثِّل مديونية الحكومة تجاه حامله، وإن هذه السَّندات تكون ربوية في العادة، بحيث إن الحكومة تضمن لصاحبها أن تعيد إليه مبلغ القرض مع الفائدة الربويَّة.

ولكن في بعض الأحيان تُصدر سندات لا تشترط فيها الزيادة الربويَّة لكلِّ حامل السَّند، ولكن تلتزم الحكومة بتوزيع الجوائز على حامليها على أساس القرعة، فكلُّ من خرج اسمه في القرعة استحق جائزة ربما تكون أضعاف أضعاف ما كان يحصل عليه من الفائدة الربويَّة في الأحوال العاديَّة.

وقد يستدلُّ على مشروعية هذه الجوائز، بأنَّ الحكومة لا تشترط إعطاء الزِّيادة لأحد من المقرضين حاملي السَّند، فالعقد مع كل واحد من حملة السَّند عقد قرض بدون فائدة، ثمَّ إنَّها تعطي هذه الجوائز على أساس القرعة، فكانت تبرُّعاً من قبلها، فلا يلزم منه الرِّبا، لأنَّ الرِّبا ما هو مشروط في عقد القرض.

ولكن هذا الاستدلال غير صحيح:

أما أوّلاً: فلأنَّ الحكومة تلتزم بتوزيع الجوائز على حملة السَّند، فالزِّيادة على مبلغ القرض وإن لم تكن مشروطة لكل واحد من المقرضين، ولكنها مشروطة تجاه مجموعة المقرضين؛ لأن الحكومة تلتزم علناً عند إصدار هذه السَّندات أنها توزِّع هذه الجوائز، بحيث إذا امتنعت الحكومة من توزيع الجوائز، يحقُّ لكل مقرِض أن يطالبها بذلك في القضاء، فلا يمكنُ أن يقال: إنَّها زيادة غير مشروطة في العقد، وكلما اشترطت الزيادة في عقد القرض، صارت رباً.

وأمّا ثانياً: فإن طبيعة هذه السَّندات لا تختلف عن السندات الرِّبوية عموماً، وغاية ما تفعله الحكومات أنها بدلاً من إعطاء الفائدة إلى كل أحد

من المقرضين، تجمع مبالغ الفوائد في وعاء واحد، وتوزِّعها على مجموعة من المقرضين منتخبة على أساس القرعة، فالعملية مبنيَّة على أساس المخاطرة في مبالغ الفوائد، ففائدة كل واحد إمَّا تضيع عليه، وإمَّا تجلب مالاً أضعاف أضعاف الفائدة.

وقد يستدلُّ على مشروعية هذه الجوائز بما ذكره الفقهاء من جواز الإقراض إلى رجل معروف بحسن القضاء. قال ابن قدامة رَحِمَهُ اللهُ:

(وإن كان الرَّجل معروفاً بحسن القضاء، لم يكره إقراضه. وقال القاضي: فيه وجه آخر: أنه يكره؛ لأنه يطمع في حسن عادته، وهذا غير صحيح، فإن النَّبيَّ ﷺ كان معروفاً بحسن القضاء، فهل يسوغ لأحد أن يقول: إن إقراضه مكروه؟...)[١]

وهذا استدلال خاطئ أيضاً؛ لأن المعروف بحسن القضاء لا يلتزم أية زيادة عند عقد القرض، لا لمُقرِض واحد، ولا لمجموعة المُقرِضين، حتَّى لو لم يردَّ المستقرض إلا مبلغ القرض، لم يحقّ لأحد أن يطالبه بحسن القضاء، بخلاف هذه السَّندات الحكوميَّة، فإنها تشتمل على التزام سابق من الحكومة، يمكن المطالبة بوفائه قضاء، فشتَّان بينهما.

وإن ابن قدامة رَحِمَهُ اللهُ علَّل جواز حسن القضاء بقوله:

(لأنه لم يجعل تلك الزيادة عِوضاً في القرض، ولا وسيلة إليه، ولا إلى استيفاء دينه، فحلَّت كما لو لم يكن قرض)[٢].

وهذا يدلُّ على أن الزِّيادة إن كانت وسيلة إلى القرض، أو إلى استيفاء الدَّين، فإنه في معنى الرِّبا.

---

(١) المغني، لابن قدامة: ٤/ ٣٦٢، دار الكتب العلمية ـ بيروت.
(٢) المرجع السابق نفسه.

٣ ـ الجوائزُ على الحسابات الجارية:

وما ذكرناه في الجوائز على السَّندات الحكومية ينطبق تماماً على الجوائز الممنوحة على الحسابات الجارية في البنوك؛ لأن الحسابات الجارية، سواء أكانت في البنوك الإسلامية، أم في البنوك التقليدية، كلّها قروض من الناحية الفقهية؛ فلا يختلف حكمها الفقهي عن حكم القروض المقدمة إلى الحكومات عن طريق السندات؛ فما يعطى على تلك الحسابات من الجوائز، إن كانت معلنة من قبل البنوك عند فتح الحسابات، فإنَّها زيادة مشروطة في القرض، فتحرُم لكونها رباً.

وإنّما تخرج من الحرمة صورة واحدة فقط، وهي أن يعطي البنك جوائز بدون إعلان سابق، ولا التزام، وبدون أن يكون لأحد من أصحاب الحسابات حقُّ المطالبة من البنك، وبدون أن يصير ذلك تعاملاً لاستجلاب الودائع، وإنَّما يقع ذلك على سبيل مبادرة اتفاقية غير متوقَّعة، فإنه يدخل في حسن القضاء وإنما يجوز ذلك من مال البنك، لا من أموال أصحاب حسابات الاستثمار؛ لأن البنك غير مسموح له بالتبرُّع من قبلهم. وظاهر أن هذه الصورة لا تفي بغرض البنوك، فإن البنوك إنما تفعل ذلك تشجيعاً للنَّاس على فتح الحسابات الجارية عندهم، وكلَّما وقع ذلك وسيلة لاستجلاب القروض، دخل في زيادة غير مشروعة، وكذلك حسابات التَّوفير، والودائع الثابتة في البنوك التقليدية كلها قروض ربوية، فالجوائز الممنوحة عليها حرام بالطَّريق الأولى.

٤ ـ الجوائزُ على حساباتِ الاستثمارِ في البنوكِ الإسلاميَّة:

أما حسابات الاستثمار في البنوك الإسلامية، فليست قروضاً، وإنما هي أموال قدمها أصحابها على أساس الشَّركة أو المضاربة؛ فهل يجوز إعطاء الجوائز أو أخذها إن أعلنت لأصحاب هذه الحسابات؟ وعلى

أساس ما ذكرنا من قبل، فإنه يجب للإجابة عن هذا السُّؤال أن نتأكد من ناحيتين:

الأولى: هل تؤدي هذه الجوائز إلى القمار؟.

والثانية: هل تؤدي إلى الرِّبا؟.

أما النَّاحية الأولى: فبناء على الأصول التي مهَّدناها في أول هذا البحث، لا تؤدي هذه الجوائز إلى القِمار؛ وذلك لأن أصحاب حسابات الاستثمار لا يقدمون أموالهم إلى البنك للوقوع في المخاطرة في الجوائز، وإنما يقدِّمونها لعقود الشركة أو المضاربة، وإن نتائج هذه الشَّركة أو المضاربة لا تتأثر بحصول الجوائز أو عدمه؛ فلو لم تحصل لهم الجوائز، لا تضيع أموالهم بهذا السَّبب، وإنما يربحون فيها أو يخسرون بطبيعة الشَّركة أو المضاربة، فصارت هذه الجوائز من هذه النَّاحية مشابهة للجوائز التي تُعطى على شراء المنتجات، فهي تبرُّع محض من قبل البنوك لا يقابله شيء، فلا تدخل في القمار.

وأما النَّاحية الثانية: وهي أنها هل يلزم منها الرِّبا؟ والظاهر أنها لا تدخل في الرِّبا، بشرط أن لا تؤدِّي إلى ضمان رأس المال، أو جزء يعتد به منه، أو الربح في الشَّركة أو المضاربة، وذلك إنما يكون إن بلغت قيمة الجوائز مقدار رأس المال المودع في حساب الاستثمار، أو جزءاً معتدّاً به منه أو زاد عليه، فحيثُ يؤدي ذلك إلى ضمان رأس المال للشَّريك من شريكه، أو لربِّ المال في المضاربة، فإنَّه شرط يقطع الشَّركة، ويؤدي إلى الربا فيما كانت قيمة الجوائز زائدة على رأس المال.

أما إذا كانت الجوائز بسيطة لا تبلغ قيمتها رأس المال، أو جزءاً يعتد به منه، مثل: الهدايا التي يتعارف إهداؤها فيما بين الأصدقاء، مثل: الأقلام، أو السَّاعات العادية، أو المذكرات، أو بعض الكتب، فإن مثل هذه الجوائز لا علاقة لها بضمان رأس المال، ويدخل فيها تقديم بعض

الخدمات المصرفيَّة بدون عوض، مثل: إجراء الشِّيكات المصدقة مجَّاناً، والظَّاهر أنه لا محظور فيه لأصحاب حسابات الاستثمار، بشرط أن يتحملها البنك من أمواله الخاصة ولا تستخدم فيها أموال المودعين في حساب الاستثمار؛ لأنه لا يجوز للبنك أن يتبرَّع من أموالهم شيئاً.

٥ ـ الجوائزُ على بطاقاتِ الائتمانِ:

وهناك نوع آخر من الجوائز، تعطى على استخدام بطاقات الائتمان، والعادة في هذه البطاقات أن حاملها يحصل على نقاط عند كل استخدام له لتلك البطاقة عند شراء بضاعة أو خدمة، وإن هذه النِّقاط تُدَّخر في حسابه عند مُصدر البطاقة؛ فكلَّما بلغت النِّقاط حدّاً معيناً، استحقَّ حامل البطاقة جائزة من قبل المُصدر.

وحكم هذه الجوائز موقوف على معرفة علاقة مصدر البطاقة مع حاملها.

وإن حقيقة هذه العلاقة: أن مُصدر البطاقة يقبل حوالة دَين حامل البطاقة، لصالح التَّاجر الذي يقبل البطاقة؛ فحامل البطاقة محيل والتاجر محتال، والمُصدر محتال عليه، وعلى أساس هذه الحوالة يسدِّد المصدر دَين حامل البطاقة إلى التَّاجر، ثمَّ يرجع على حامل البطاقة.

وعلى هذا، فإن مُصدر البطاقة لا يعدُو تجاه حامل البطاقة من أن يكون محتالاً عليه أوَّلاً، ثمّ مقرضاً له عندما يسدّد دينه إلى التَّاجر، فالجائزة التي يقدمها مصدر البطاقة إلى حاملها هي جائزة من قبل المُقرض إلى المستقرض، فهو تبرُّع محض، لا قمار فيه ولا رباً: أما القمار، فلأن حامل البطاقة لم يعلِّق شيئاً من ماله على خطر.

وأما الرِّبا، فإنَّه يتحقق بإعطاء زيادة من المستقرِض إلى المقرض، وليس في العكس، فلو أعطى مقرض شيئاً للمستقرض، علاوة على القرض، فإنه تبرع محض لا يلزم منه الرِّبا.

هذا على أساس التكييف الذي هو راجح عندي. . وقد ذهب بعض المعاصرين إلى تكييف آخر لعلاقة مصدر البطاقة مع حاملها، وهو أن مصدر البطاقة كفيل لحامل البطاقة تجاه التَّاجر، فإن التَّاجر يبيع بضاعته إلى حامل البطاقة بدون أن ينتقد منه الثَّمن بناء على ما ضمن له المُصْدِر أنه سيدفع إليه الثَّمن.

وهذا التكييف غير صحيح في نظري؛ لأن الكفالة ضمُّ ذمَّةٍ إلى ذمَّةٍ، فيحقُّ للدائن أن يطالب المدين الأصيل أو كفيله، والأعراف المتبعة في بطاقات الائتمان أن حامل البطاقة تبرأ ذمته بمجرد توقيعه على قسيمة البطاقة، وتنتقل المديونية إلى مصدر البطاقة فوراً؛ وهذا معنى الحوالة دون الكفالة.

ولكن لو أخذنا هذا التكييف على سبيل الفرض والتسليم، فإن حكم الجوائز لا يتغيَّر حتى على هذا التكييف؛ لأن علاقة مصدر البطاقة تجاه حاملها في هذا التكييف علاقة الكفيل مع المكفول له، فمصدر البطاقة كفيل، وحامل البطاقة مكفول له.

والممنوع في الفقه أن يقدِّم المكفول له أجرة إلى الكفيل بناء على كفالته، والجائزة هنا لا تعطى من المكفول له إلى الكفيل، وإنما تعطى من قبل الكفيل إلى المكفول له، فلا يلزم منه الأجرة على الكفالة، فهذه الجائزة لا قمار فيها ولا رِباً، ولا أجرة على الكفالة أو الحوالة؛ فهو تبرُّع محض لا محظور فيه.

وقد يقال: إن هذه الجوائز إنما تُبذل من قبل مصدر البطاقة؛ لأنَّه يتقاضى من التُّجار عمولة بطريق الحسم، وإن هذه العمولة عند بعض المعاصرين مشبوهة؛ لأنها في حكم حسم الكمبيالة، فتؤدي إلى الرِّبا، والجوائز إنما تُعطى لكي تشجِّع الناس على استخدام البطاقات، ومن ثمَّ

يحصل مصدر البطاقة على مقدار أكثر من الحسومات، فقبول هذه الجوائز إعانة للمصدر على هذا الكسب غير المشروع.

والجواب عنه: أن ما يتقاضى مصدر البطاقة من التُّجَّار ليس حسماً للكمبيالة، فإن حسم الكمبيالة يرتبط بزمن نضج الكمبيالة؛ فكلَّما كانت مدة النُّضج أكثر، كان مقدار الحسم أكثر. أمَّا الحسم الذي يتقاضى مصدر البطاقة من التجَّار، فإنه لا يرتبط بزمن الأداء وإنه يشبه الحسم الذي يتقاضاه السمسار من عميله، فإن الدُّخول في شبكة البطاقة يجلب إليه الزبائن ويساعد في ترويج تجارته، إضافةً إلى ما يقدِّمه مصدر البطاقة إلى التجَّار من آلات وخدمات؛ فلا يدخل هذا الحسم في حكم حسم الكمبيالة.

هذا هو الحكم الصَّحيح لهذا الحسم عند هذا العبد الضَّعيف ـ والله سبحانه أعلم ـ ولكن لو فرضنا أن ما يتقاضاه مصدر البطاقة من التجَّار لا يجوز، فإنَّ هذه العمليَّة منفصلة تماماً عن علاقة المصدر مع حامل البطاقة، وإنَّ هذه العلاقة ـ كما ذكرنا ـ علاقة المحتال عليه من المحيل، ولا يلزم منه محظور شرعاً، أمّا أن تكون هذه الجوائز تصير سبباً للحسم مع التجَّار، فإنَّ هذا التسبُّب بعيد يتخلَّلُه فعل فاعل مختار، فلا يكون حراماً، كما تقرر في النفقة، وغاية ما في الباب أن يكون خلاف الورع.

ثالثاً: هل الجوائزُ لازمةٌ على من التزمَ بها؟:

ثم إن الجوائز المشروعة يجوز أخذها للمجاز في قول جميع الفقهاء، ولكن هل يلزم إعطاؤها قضاء على من أعلنها والتزم بها، بمعنى أنه هل يحقُّ للمجاز أن يطالب بها في القضاء إن امتنع من ذلك المعطي؟.

فيه خلاف بين الفقهاء:

فأما الجوائز في المسابقة والمناضلة، فقد جعلها بعض الفقهاء جُعلاً على أساس عقد الجعالة. قال ابن قدامة رحمه الله:

(والمسابقة عقد جائز، ذكره ابن حامد، وهو قول أبي حنيفة، وأحد قولي الشافعي، وقال في الآخر: هو لازم إن كان العوض منهما، وجائز إذا كان من أحدهما أو من غيرهما، وذكره القاضي احتمالاً؛ لأنه عقد من شرطه أن يكون العِوض والمعوض معلومين، فكان لازماً كالإجارة)(١)

والمراد من كونه عقداً جائزاً غير لازم ـ على قول ابن قدامة ـ أن لكل واحد من المتعاقدين فسخه قبل الشُّروع في المسابقة، أو بعده قبل أن يظهر فضل لأحدهما، ولكن يقول ابن قدامة رحمه الله:

(وإن ظهر لأحدهما فضل، مثل: أن يسبقه بفرسه في بعض المسابقة أو يصيب بسهامه أكثر منه، فللفاضل الفسخ، ولا يجوز للمفضول؛ لأنه لو جاز له ذلك لفات غرض المسابقة؛ لأنه متى بان له سبق صاحبه له فَسَخَها وترك المسابقة، فلا يحصل المقصود)(٢)

وهذا التَّعليل يدل على أنه إن تمَّت المسابقة، وظهر فضل أحدهما على الآخر، فإنه استحقَّ الجُعل، ويلزم على من التزم به أن يعطيه على أساس أن العقد قد تمَّ.. ولكن استحقاق الجُعل بالعقد إنما هو مختصٌّ عند الفقهاء بالمسابقة في الأمور التي هي تُعين في الجهاد فقط، من أجل الحديث المعروف: «**لا سبق إلا في نصل، أو خفّ، أو حافر**»(٣)، وقال ابن قدامة رحمه الله:

(ومراد الخرقي: أن المسابقة بعِوَض لا تجوز إلا في هذه الثلاثة، وبهذا قال الزُّهري ومالك. وقال أهل العراق: يجوز ذلك في المسابقة على الأقدام والمصارعة، لورود الأثر بهما، فإن النَّبيَّ ﷺ سابق عائشة وصارع ركانة، ولأصحاب الشَّافعي وجهان كالمذهبين... ولنا: ما روى أبو

---

(١) المغني، لابن قدامة: ١١/ ١٣١.

(٢) المرجع السابق نفسه.

(٣) أخرجه أبو داود.

هريرة: أن النبيَّ ﷺ قال: «**لا سبق إلا في نصل، أو خفّ، أو حافر**» رواه أبو داود، فنفى السَّبق في غير هذه الثلاثة، ويحتمل أن يراد به نفي الجُعل، أي: لا يجوز الجعل إلا في هذه الثلاثة، ويحتمل أن يراد به نفي المسابقة بعِوَض، فإنه يتعين حمل الخبر على أحد الأمرين للإجماع على جواز المسابقة بغير عِوَض في هذه الثلاثة)[١].

وما ذكره ابن قدامة رحمه الله عن أهل العراق من كون المسابقة بعوض جائزةً، إن كان المراد منه الحنفية، فلهم في ذلك قولان:

الأول: أنه إن كان على طريق العقد فإنه لازم، والجُعل مستحق للسَّابق.

والثاني: أن ذلك ليس عقداً، وإنما هو وعد فلا يلزم الواعد في القضاء، وجاء في «الدر المختار»:

(ولا بأس بالمسابقة في الرمي والفرس والبغل والحمار... والإبل والأقدام؛ لأنه من أسباب الجهاد فكان مندوباً، وعند الثلاثة لا يجوز في الأقدام؛ أي بالجُعل، أما بدونه فيباح في كل الملاعب كما يأتي، وحلَّ الجُعل وطاب، لا أنه يصير مستحقّاً، ذكره البرجندي وغيره، وعلَّله البزَّازي بأنه لا يستحق بالشرط شيء لعدم العقد والقبض. اهـ. ومفاده لزومه بالعقد، كما يقول الشافعية، فتبصَّر).

وقال ابن عابدين رحمه الله:

(ورأيت في «المجتبى» ما نصّه: وفي بعض النسخ: فإن سبقه حلَّ المال، وإن أبى يجبر عليه. اهـ. **أقول**: لكن هذا مخالف لما في المشاهير، كالزَّيلعي و«الذخيرة» و«الخلاصة التتارخانية» وغيرها من أنه لا يصير مستحقّاً كما مرَّ، فتدبر)[٢]

---

(١) المغني، لابن قدامة: ١١/ ١٢٨ ـ ١٢٩.

(٢) رد المحتار، كتاب الحظر والإباحة، فصل في البيع: ٥/ ٢٨٥.

ويحتمل عندي ـ والله أعلم ـ أن الذين قالوا بعدم كونه مستَحقاً، لعلَّهم أرادوا أن العقد غير لازم، فيجوز فسخه قبل تمام المسابقة، لا أن الجُعل لا يلزم بعدما ظهر فضل أحدهما؛ لأنه لو كان المراد أنه لا يلزم حتى بعد ظهور فضل أحدهما، فلا فرق بين المسابقة في أسباب الجهاد وغيرها؛ لأن الوعد بالهبة الذي لا يلزم في القضاء جائز من كل أحد لكل أحد.

وعلى كلٍّ، فكون حكم الجائزة مبنيّاً على الجعالة مخصوص عند الفقهاء بالمسابقة فيما هو من أسباب الجهاد، على اختلاف فيما بينهم في تعيينها.

أما الجوائز في غيرها، فلا تخرج على أساس كونها من عقود الجعالة، وإنما هي وعد من طرف واحد، وأكثر الفقهاء على أنه غير لازم في القضاء، ولكن ذهب جمع منهم إلى لزومه قضاء إن أدخل الموعود في سبب، وهو قول كثير من المالكية.

فالظَّاهر أن الجوائز المعلنة على أساس شراء المنتجات، أو استخدام البطاقات، أو على حسابات الاستثمار، كلُّها وعود لا تلزم في القضاء، فلا يحقُّ للموعود له أن يطالب بها في القضاء إذا امتنع منها الواعد، ولكن حيث إنّ كون الوعد غير لازم أمرٌ مجتهدٌ فيه، فلو صدر هناك قانون من وليِّ الأمر يُلزم الواعد بإعطاء هذه الجوائز المعلنة من قبله صارت لازمة؛ لأن حكم الحاكم رافع للخلاف، ونافذ في الأمور المجتهد فيها. والله سبحانه وتعالى أعلم.

وآخر دعوانا أن الحمد لله ربِّ العالمين، والصَّلاة والسَّلام على سيدنا محمد النبي الكريم، وعلى آله وأصحابه أجمعين.



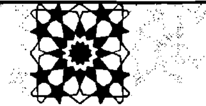
(٢٠)

فسخُ نكاحِ المسلماتِ

مِنْ قبلِ المراكزِ الإسلاميَّةِ

في بلادٍ غيرِ إسلاميَّةٍ

* * *



٢٠

فسخُ نكاحِ المسلماتِ

● **مقدمة:**

الحمد لله ربِّ العالمين، والصَّلاة والسَّلام على سيدنا محمد رسوله الكريم، وعلى آله وأصحابه أجمعين، وعلى كل من تبعهم بإحسان إلى يوم الدِّين.

أما بعد: فقد كثر في زماننا عدد الجاليات المسلمة التي تسكن في بلاد غير المسلمين، ولا يوجد فيها قاضٍ مسلم، مع أن المسلمين يحتاجون في كثير من القضايا إلى قضاء قاض يرفع النزاع، ولاسيما النِّساء اللاتي يضطررن إلى فسخ نكاحهن من أزواجهن لأسباب شرعية.

وقد ورد على الأمانة العامة للمجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي بمكة المكرمة سؤال بهذا الشَّأن من بعض المراكز الإسلامية في بلاد غير مسلمة: أنه هل يجوز لامرأة مسلمة أن ترجع إلى محكمة غير إسلامية لفسخ نكاحها من زوجها؟ وهل يجوز للمراكز الإسلامية أن تقوم مقام القاضي الشَّرعي في هذا الأمر، فتفسخ نكاحها بأحد الأسباب الشَّرعية؟ وفوضت إليَّ الأمانة العامة للمجمع أن أكتب في هذا الموضوع ليناقش في دورة المجمع الآتية، وإن السُّطور الآتية امتثال منِّي لهذا الطَّلب، والله سبحانه هو الموفِّق.

أولاً: حكم فسخ نكاح المرأة من قبل قاضٍ غير مسلم:

أما فسخ نكاح المرأة المسلمة من قبل قاضٍ غير مسلم، فإنه غير معتبر

شرعاً، وذلك قوله ﷻ: ﴿وَلَن يَجْعَلَ ٱللَّهُ لِلْكَٰفِرِينَ عَلَى ٱلْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾ [النساء: ١٤١].

وقوله ﷻ: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ لَا تَتَّخِذُوا۟ ٱلْكَٰفِرِينَ أَوْلِيَآءَ مِن دُونِ ٱلْمُؤْمِنِينَ ۚ أَتُرِيدُونَ أَن تَجْعَلُوا۟ لِلَّهِ عَلَيْكُمْ سُلْطَٰنًا مُّبِينًا﴾ [النساء: ١٤٤].

وقال الإمام أبو بكر الجصَّاص رحمه الله تحت هذه الآية:

(واقتضت الآية النهي عن الاستنصار بالكفار، والاستعانة بهم، والركون إليهم، والثِّقة بهم، وهو يدلُّ على أن الكافر لا يستحقُّ الولاية على المسلم بوجه)[١].

وإن الفقهاء متفقون فيما نعلم على أن الكافر لا يجوز أن يكون قاضياً، وعلى أنه لا ينفُذ قضاؤه على المسلمين، قال ابن رشد رحمه الله:

(القضاء خصال مشتركة في صحة الولاية، وهي أن يكون القاضي ذكراً، حرّاً، مسلماً، بالغاً، عاقلاً، واحداً، فهذه ستة خصال لا يصحُّ أن يولَّى القضاء إلا من اجتمعت فيه، فأولى من لم تجتمع فيه لم تنعقد له الولاية)[٢].

وجاء في «المجموع شرح المهذب»:

(ولا يجوز أن يكون القاضي كافراً، ولا فاسقاً، ولا عبداً، ولا صغيراً)[٣]

وقال الشَّرواني رحمه الله:

((وشرط القاضي) أي من تصح توليته للقضاء (مسلم)؛ لأن الكافر

(١) أحكام القرآن، للجصَّاص: ٢/ ٢٩١، طبع لاهور.
(٢) حكاه عنه الحطاب في مواهب الجليل: ٦/ ٨٧.
(٣) المجموع شرح المهذب: ٢٠/ ١٢٦

ليس أهلاً للولاية، ونصبه على مثله مجرد رئاسة لا تقليد حكم وقضاء، ومن ثم لا يلزمون بالتَّحاكم عنده، ولا يلزمهم حكمه إلا إن رضوا به)[١]

وقال ابن قدامة رحمه الله:

(ولا يولَّى قاضٍ حتى يكون بالغاً عاقلاً مسلماً حرّاً عدلاً... إلخ)[٢]

وجاء في «الفتاوى الهندية»:

(ولا تصحُّ ولاية القاضي حتى يجتمع في المولَّى شرائط الشَّهادة، كذا في «الهداية»، من الإسلام والتَّكليف والحرية...إلخ)[٣]

وقال ابن عابدين رحمه الله:

(وحاصله: أن شروط الشهادة من الإسلام، والعقل، والبلوغ: شروط لصحَّة توليته، ولصحَّة حكمه بعدها)[٤].

وعلى هذا فلا يجوز لمسلمة أن ترجع إلى محكمة الكفَّار لفسخ نكاحها من زوجها، ولو فعلَتْ لا ينفسخ النِّكاح شرعاً، نعم إذا انفسخ النِّكاح بطريق شرعي كما سيأتي إن شاء الله، ولا سبيل لاعتراف الفسخ قانوناً إلا باللجوء إلى محكمة غير مسلمة، فإنه يجوز لها ذلك، ولا يكون إنشاء للفسخ شرعاً، وإنما يكون حكمها للاعتراف بالفسخ في الجهات القانونية.

ثانياً: حكم فسخ نكاح المسلمات من قبل المراكز الإسلامية:

وأما السُّؤال الثاني، وهو: هل يجوز للمراكز الإسلامية في بلاد غير

---

(١) حواشي الشرواني على تحفة المحتاج بشرح المنهاج، للعلَّامة الهيتمي: ١٠/ ١٠٦

(٢) المغني، لابن قدامة: ١١/ ٣٨٠.

(٣) الفتاوى الهندية: ٣/ ٣٠٧.

(٤) رد المحتار: ٥/ ٣٥٤.

مسلمة أن تقوم مقام القاضي الشرعي في فسخ نكاح المسلمات من أزواجهن لأسباب شرعية؟.

فالجواب عنه: أن الأصل في النِّكاح أن عقدته بيد الزَّوج، فلا يجوز للمرأة أن تطلق نفسها، أو تفسخ نكاحها من زوجها في الأحوال العادية، ولكن هناك أحوالاً يجوز لها فيها أن ترفع أمرها إلى قاضٍ شرعي، فيفسخ هو نكاحها من زوجها بولايته العامة، وذلك لأسباب معروفة، على اختلاف الفقهاء فيها، مثل: أن يكون الزوج مفقوداً، أو عنيناً، أو مجنوناً، أو متعنتاً لا ينفق على زوجته، أو يلحق بها ضرراً لا يتحمل.

ولكن يجب في مذاهب الحنفية والشَّافعية والحنابلة أن يقع الفسخ من قبل قاضٍ شرعي، ولم أجد في مذاهبهم من يفوض هذه السُّلطة إلى غير القاضي، فليس في هذه المذاهب ما يحل مشكلة النِّساء المقيمات في بلاد غير مسلمة لا يوجد فيها قاضٍ شرعي، وإن المذهب الوحيد من بين المذاهب الأربعة الذي يحل هذه المشكلة هو مذهب المالكية، فإنهم ذهبوا إلى أن جماعة من المسلمين يمكن أن تقوم مقام القاضي الشَّرعي في فصل الخصومات فيما بين المسلمين حيث لا يوجد قاضٍ شرعي ترفع إليه الخصومات، وقد صرحت كتب المالكية بأن هذا الحكم عامٌّ في جميع القضايا؛ يقول العلامة الدُّسوقي رَحِمَهُ اللَّهُ:

(اعلم أن جماعة المسلمين العدول يقومون مقام الحاكم في ذلك، وفي كل أمر يتعذر الوصول فيه إلى الحاكم، أو لكونه غير عدل)[1]

وهذا يدلُّ على أن جماعة المسلمين تقوم مقام القاضي، ليس في بلاد غير مسلمة فقط حيث لا يوجد القاضي الشَّرعي، بل يجوز لها ذلك أيضاً في بلاد مسلمة يوجد فيها قاض مسلم، ولكنه ليس بعدل، كما تبيَّن بهذا

(١) حاشية الدسوقي على الشَّرح الكبير: ٢/ ٥١٩، باب النفقة.

أن قيام جماعة المسلمين مقام القاضي لا يختص بقضية دون قضية، وإنما يجوز ذلك في جميع القضايا إذا تعذَّر الوصول إلى الحاكم، ولذلك نرى فقهاء المالكية أنهم اعتبروا قضاء جماعة المسلمين كقضاء القاضي في كثير من القضايا، وإليكم بعضها:

قال الحطَّاب رحمه الله:

(ولزوجة المفقود الرَّفع للقاضي والوالي ووالي الماء، وإلا فلجماعة المسلمين)[١].

وجاء في «حاشية العدوي»:

((فإنها ترفع أمرها إلى الحاكم) المراد بالحاكم القاضي، كان قاضي أنكحة أو غيرها، وأولى قاضي الجماعة والوالي، وهو قاضي الشرطة؛ أي: السياسة ووالي الماء، أي الذي يأخذ الزكاة، وسموا ولاة المياه؛ لأنهم يخرجون عند اجتماع النَّاس على المياه.. والثَّلاثة في مرتبة واحدة، لكن القاضي أحوط، فإن لم تجد المرأة واحداً ممن ذكر فترفع أمرها لجماعة المسلمين)[٢].

وجاء في «الفواكه الدواني»:

(لم ينصَّ المصنِّف على من ترفع له زوجة المفقود، وقد ذكرنا عن خليل أنه القاضي أو الوالي أو جماعة من المسلمين)[٣]

وقال الموَّاق رحمه الله:

(وقال القابسي وغيره من القرويين: لو كانت المرأة في موضع لا سلطان فيه لرفعت أمرها إلى صالحي جيرانها يكشفوا عن خبر زوجها، ثم

(١) مواهب الجليل، للحطاب: ٤/ ١٥٥

(٢) حاشية العدوي: ٢/ ١٢١.

(٣) الفواكه الدواني: ٢/ ٤١.

ضربوا له الأجل أربعة أعوام، ثم عدَّة الوفاة وتحلُّ للأزواج؛ لأن فعل الجماعة في عدم الإمام كحكم الإمام)[١].

وقال الدَّردير رحمه الله في مسألة الإيلاء:

(فالحاصل أنه يؤمر بعد الأجل بالفيئة، فإن امتنع منها أُمِرَ بالطَّلاق، فإن امتنع طلَّق عليه الحاكم أو جماعة المسلمين)[٢].

وقال أيضاً في مسألة تعيين الوصي:

(واستحسن أن العرف كالنَّص، كما يقع كثيراً لأهل البوادي وغيرهم، أن يموت الأب ولا يوصي على أولاده اعتماداً على أخ أو عمٍّ أو جد، ويكفُل الصغار من ذُكر، فلهم البيع بشروطه، ويمضي ولا ينقض، وينبغي أن يكون ذلك فيمن عرف بالشَّفقة وحسن التَّربية، وإلا فلا بدَّ من حاكم أو جماعة المسلمين)[٣]

وذكر الدُّسوقي رحمه الله قيام جماعة المسلمين مقام القاضي في مسألة الكفالة بالنَّفس؛ حيث يصح تسليم المضمون للمضمون له في بلد فيه حاكم يمكن به خلاص الحق، فقال:

(قوله: (إن كان به حاكم) المراد إن كان ذلك البلد الذي أحضر فيه يمكن خلاص الحق فيه، سواء كان فيه حاكم أو لم يكن، وإنما فيه جماعة المسلمين)[٤].

وقال رحمه الله:

(من جملة أمر الغائب فسخ نكاحه لعدم النَّفقة، أو لتضرر الزَّوجة بخلوِّ الفراش، فلا يفسخ نكاحه إلا القاضي، ما لم يتعذر الوصول إليه

---

(١) التاج والإكليل، للموَّاق، بهامش الحطَّاب: ٤/ ١٥٦.
(٢) الشرح الكبير، للدَّردير: ٢/ ٤٣٦.
(٣) المرجع السابق: ٣/ ٣٠١.
(٤) حاشية الدسوقي: ٣/ ٣٤٥.

حقيقة أو حكماً، بأن كان يأخذ دراهم على الفسخ، وإلا قام مقامه جماعة المسلمين)[١].

وتبين بهذا أن الفقهاء المالكية يفوِّضون سلطة القضاء إلى جماعة المسلمين في جميع الأمور التي تحتاج إلى قضاء، ولا يوجد قاضٍ شرعيٌّ عادل.. ولاشكَّ أن في هذا القول سعة للمسلمين القاطنين في بلاد غير المسلمين، ومن المعلوم أن عدد المسلمين الذين توطَّنوا بلاد الكفار في زماننا عدد كبير، ولا يمكن لهم أن يرفعوا قضاياهم إلى القضاة في بلاد المسلمين، على أن معظم المحاكم اليوم لا تتقيد بالأحكام الشَّرعية، حتى في الدُّول المسلمة.

وتتضاعف هذه المشاكل للنِّساء المسلمات في بلاد غير إسلامية، فإنهن ربما يواجهن قسوة شديدة من أزواجهن، وقد لا يوجد في تلك البلاد أحد من أقاربهن، ولا يجوز لهن شرعاً أن يرفعن أمرهن إلى القضاة الكفار، فلو لم نأخذ بقول المالكية في هذا الباب لأدَّى ذلك إلى ما لا يتحمل من التَّعاسة والشَّقاء.

وقد أخذ بقول المالكية في هذا الموضوع جماعة موثوقة من الفقهاء المعاصرين، وقد مسَّت الحاجة بذلك في الدِّيار الهندية في زمن الاستعمار البريطاني، حيث إن الاستعمار كان قد قضى على المحاكم الشرعية بتاتاً، ونصب قضاة غير مسلمين لفصل قضايا المسلمين، حتى في أحوالهم الشَّخصية، وكانت أغلبية سكان الهند من المسلمين على مذهب الحنفية، وبالرَّغم من ذلك فإن فقهاء الحنفية أفتوا في هذا الباب بمذهب المالكية.

وقد ألف مولانا الشَّيخ أشرف علي التهانوي ﵀ في ذلك كتاباً مستقلاً سماه «الحيلة الناجزة للحليلة العاجزة» وراجع عند تأليفه كثيراً من أهل

---

(١) حاشية الدسوقي: ٣/ ٣٠٢.

الإفتاء من علماء المالكية، وأفتى على قولهم بأن جماعة المسلمين تقوم مقام القاضي في مثل هذه البلاد يجوز لها أن تفسخ نكاح المسلمات لأسباب مجوزة لذلك شرعاً، ووافقه على ذلك جميع علماء الهند، وموافقتهم مثبتة في ذلك الكتاب[١].

ثالثاً: شروط جماعة المسلمين التي تقوم مقام القاضي في البلاد غير المسلمة:

وبناء على قول المالكية ومن وافقهم من العلماء المعاصرين، فإني أرى أن المراكز الإسلامية، في بلاد غير المسلمين، ينبغي لهم أن يكوّنوا جماعة تقوم بهذه المهمة، ولكن يجب أن تراعى في ذلك جميع الشروط اللازمة لقبول حكمهم من الناحية الشرعية.

وفي ضوء ما ذكره الفقهاء المالكية، تتلخَّص هذه الشروط فيما يأتي:

١ ـ عدد جماعة المسلمين:

اختلفت أقوال علماء المالكية في تعيين الأشخاص الذين تتكون منهم الجماعة القائمة مقام القاضي، فذهب بعضهم إلى أن أقل عدد الجماعة ثلاثة رجال. قال الشيخ محمد عليش رحمه الله:

(وتعبير المصنِّف كغيره بجماعة يقتضي أن الواحد لا يكفي، وكذا الاثنان وبه صرح عج)[٢].

وذكر بعضهم أن أقلَّ عدد الجماعة اثنان، قال الدَّردير في «الشرح الكبير»:

(وأراد بجماعة المسلمين اثنين عدلين فأكثر).

وقال الدُّسوقي تحته:

---

(١) الحيلة الناجزة للحليلة العاجزة، للشيخ أشرف علي التهانوي رحمه الله، ص ١٨٥ ـ ١٩٠.

(٢) منح الجليل، للشيخ عليش: ٢/ ٣٨٥.

(ظاهره: أن الواحد من العدول لا يكفي، والذي في «كبير خش وشب» نقلاً أن الواحد من جماعة المسلمين يكفي).

ثم ذكر القول الفصل نقلاً عن الدَّردير، فقال:

(قوله: فإن لم توجد عدالة فالجمع على أصله، أي: لأن زيادة العدد تجبر خلل الشهود، وظاهره: أنه يُكتفى بثلاثة من غير العدول، ولا يسلم هذا، بل إذا عدمت العدول يستكثر من الشُّهود بحيث يغلب على الظَّنِّ الصِّدق المتأتِّي بالعدول كما هي القاعدة)[١].

فالأحوط أن لا يقل عدد الجماعة عن الثلاثة:

أما أولاً: فللخروج من الخلاف.

وأما ثانياً: فلأن عند النقص في العدالة يجب تكثير العدد، حتى عند من يقول بالاكتفاء بالواحد أو الاثنين، كما مر آنفاً عن الدَّردير والدُّسوقي رحمهما الله.

وأما ثالثاً: فلأن الثِّقة بهذا العدد أكثر، لاسيما في زماننا؛ إذ استبداد الواحد بالقضاء ربما يؤدِّي إلى التُّهمة، ولأن عدد الثلاثة ظاهر مقتضى لفظ الجماعة.

٢ ـ أوصاف جماعة المسلمين:

أما مؤهلات أعضاء جماعة المسلمين، فلم يذكر فقهاء المالكية منها **إلا العدالة**، ولم يشترطوا أن تتكون من العلماء دائماً، ولكن من البديهي أن هذه الجماعة لابدَّ لها من **معرفة الأحكام الشرعية المتعلقة بالقضية** المرفوعة أمامها، فإن كانت الجماعة تحكم في المناكحات، فلابد لها من معرفة الأسباب الشَّرعية للفسخ، والطرق الشَّرعية للإثبات، وما يتعلق بذلك من المسائل.

---

(١) الدسوقي على الشرح الكبير: ٢/ ١٥٣.

وعلى هذا، فمن المناسب جدّاً أن تتكون هذه الجماعة من علماء الشَّريعة، وإن لم يتسير العدد المطلوب منهم، فليكن أحد أعضائها من العلماء، ولا أقلَّ من أن يتعلم الأعضاء كلهم ما يحتاجون إليه من الأحكام الشَّرعية عن طريق علماء يوثق بهم، أو أن لا يحكموا إلا بعد الاستفتاء من الفقهاء.

٣ ـ العمل عند الاختلاف:

فإن تكوَّنت الجماعة من ثلاثة رجال، فهل يجوز أن يصدر حكمها بالأغلبية؟.

لم أَرَ من الفقهاء المالكية من تعرض لهذه المسألة، والظاهر من عباراتهم أن حكم جماعة المسلمين لا يصدر إلا باتِّفاق الأعضاء، وهو مقتضى قياس قولهم في الحَكمين، كما جاء في «المدونة»:

(قلت: فلو أنهما اختلفا فطلَّق أحدهما ولم يطلِّق الآخر قال: إذاً لا يكون هناك فراق؛ لأن إلى كل واحد منهما ما إلى صاحبه باجتماعهما عليه)[١]

وقال الباجي رَحِمَهُ اللَّهُ:

(ولو حكَّما جماعة فاتَّفقوا على حكم أنفذوه وقضوا به جاز، قاله ابن كنانة في «المجموعة»، ووجه ذلك: أنهما إذا رضيا بحكم رجلين أو رجال، فلا يلزمهما حكم بعضهم دون بعض)[٢].

ولئن قسنا جماعة المسلمين على مسألة الحَكمين أو جماعة من المحكَّمين، فإن حُكم جماعة المسلمين إنما ينفذ إذا صدر باتِّفاق الأعضاء، أما إذا كان هناك خلاف بينهم فلا ينفذ الحكم، ولكن إذا نظرنا

(١) المدونة الكبرى، للإمام مالك: ٢/ ٢٥٧.

(٢) المنتقى، للباجي: ٥/ ٢٢٧.

في العرف القضائي اليوم، حيث يعتبر الحكم بالأغلبية نافذاً إن فُوِّضتْ قضية إلى جماعة من القضاة، فالظَّاهر جواز الحُكم بالأغلبية، فإن جماعة المسلمين قائمة مقام جماعة من القضاة، والمسألة مطروحة أمام الفقهاء المعاصرين للبحث فيها.

٤ ـ سلطة جماعة المسلمين في فسخ النِّكاح:

وفي ضوء ما ذكرنا، فالمَخْلص الصَّحيح للنِّساء المسلمات اللَّاتي يُردْن فسخ نكاحهنَّ في بلد غير مسلم: أن يرجعن إلى جماعة مكوَّنة لهذا الغرض من قبل العلماء أو المراكز الإسلامية في ذلك البلد، وإن هذه الجماعة تتولَّى جميع الإجراءات الشَّرعية اللَّازمة في هذا الصدد، وبعد اتِّخاذ الخطوات اللَّازمة للتَّأكد من أن هناك سبباً شرعيّاً يبرِّر الفسخ، فإنه يجوز لها أن تفسخ النِّكاح، أو تطلِّق المرأة بالنيابة عن زوجها، أو تحكم بموت الزوج عند كونه مفقوداً، على ما هو مبسوط في كتب الفقه، ويعتبر حكمها نافذاً من الجهة الشَّرعية، ويجوز للمرأة أن تَنكح زوجاً آخر بعد انقضاء العدَّة.

وبما أن حكم هذه الجماعة لا يُعترف به في الجهات القانونية في البلاد غير المسلمة، فيجوز للمرأة بعد انفساخ نكاحها من قبل جماعة المسلمين أن ترفع أمرها إلى محكمة تلك البلاد، تحصل منها على حكم الطَّلاق أو الفسخ، وليس ذلك لكونه فسخاً شرعيّاً، بل تفعل ذلك تفادياً للمشاكل التي يُخشى منها عند عدم الاعتراف القانوني بفسخ نكاحها من الزَّوج السَّابق.

أما إذا حصلت المرأة على الطَّلاق من محكمةٍ غير مسلمة فإن هذا الطَّلاق غير معتبر شرعاً، ولئن رجعت مثل هذه المرأة إلى مركز إسلاميٍّ لإمضاء طلاقها فإنه يجب على المركز الإسلاميِّ أن يتأكَّد أوّلاً: هل هناك سبب شرعي يبرِّر فسخ نكاحها، فإن لم يكن هناك سبب مبرَّرٌ شرعاً، فلا

يجوز للمركز الإسلاميِّ أن يمضي حكم المحكمة أو يفسخ النِّكاح، أما إذا كان هناك سبب شرعي للفسخ، مثل: أن يكون الزوج مفقوداً أو عنِّيناً أو مجنوناً أو متعنِّتاً، إلى آخر ما هو مبسوط في كتب الفقه من أسباب الفسخ، فإنه يجب على المركز الإسلاميِّ حينئذ أن يتخذ جميع الخطوات القضائية من جديد، ويحكم بالفسخ بعد التَّأكُّد من جميع المتطلبات الشرعية في هذا الشَّأن، وليس له أن يكتفي بإمضاء حكم المحكمة.

والله سبحانه وتعالى أعلم.



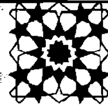
(٢١)

تأصيلُ التَّأمينِ التَّكافليِّ

على أساس الوقفِ والحاجة الدَّاعية إليه

كُتبَ هذا البحث في جُمادى الثانية سنة (١٤٢٦هـ)، وعُرِضَ على ندوةِ البركةِ المنعقدةِ بِجِدَّة في (رمضانَ سنة ١٤٢٦هـ، الموافق لشهر نوفمبر سنة ٢٠٠٥م) لدراسة صيغِ التَّأمين التَّكافليِّ حسب الأحكام الشَّرعيَّة.

* * *



٢١

تأصيلُ التَّأمينِ التَّكافليِّ على أساسِ الوقفِ

والحاجة الدَّاعية إليه

● **مقدمة:**

الحمد لله ربِّ العالمين، والصَّلاة والسَّلام على سيدنا محمد رسوله الكريم، وعلى آله وأصحابه أجمعين، وعلى كل من تبعهم بإحسان إلى يوم الدِّين.

أما بعد: فقد اتفق معظم العلماء المعاصرين والمجامع والنَّدوات الفقهية على حرمة التَّأمين التِّجاري التَّقليدي؛ لما يشتمل عليه من الغرر والقمار والرِّبا.

وقد اقتُرح التَّأمين التَّكافلي بديلاً للتَّأمين التَّقليدي على أن يكون التَّعامل فيه على أساس التَّبرُّع دون المعاوضة، فإنَّ الغرر إنما يحرم في عقود المعاوضة، لا في التَّبرعات.

ومن أجل تطبيق هذا المبدأ على نطاق أوسع من نطاق التَّأمين التَّعاوني أو التَّبادلي، يقوم مجموعة من المساهمين بتكوين شركة مساهمة تسمَّى شركة التَّكافل أو شركة التَّأمين الإسلامي، وإن هذه الشَّركة تقوم بمهمَّات آتية:

١ ـ تنشئ محفظة للتَّأمين، وتطلب من طالبي التَّأمين (المستأمنين) أن يتبرعوا بأقساط التَّأمين لهذه المحفظة، حسب اللوائح والأنظمة التي يتم

إعلانها من قبل الشَّركة، وإن هذه المحفظة هي التي تقوم بدفع التَّعويضات إلى المستأمنين حسب الشُّروط المعلنة في تلك اللوائح.

٢ ـ الشَّركة لا تملك محفظة التَّأمين، وإن دورها بالنِّسبة لإدارة المحفظة ينحصر في إنشاء حساب مستقلٍّ لأموالها وعوائدها، ومصاريفها والتَّعويضات المدفوعة منها، وفوائضها، ويكون هذا الحساب منفصلاً عن حساب الشَّركة فصلاً كاملاً، وللشَّركة أن تتقاضى أجرة من المحفظة مقابل هذه الخدمات، ولكن بعض الشَّركات تؤدي هذه الخدمات دون عرض.

٣ ـ إن الشَّركة تقوم باستثمار أموال المحفظة على أساس المضاربة الشَّرعيَّة، تكون هي فيها مضارِبة، وتكون المحفظة ربَّ المال، وتضخُّ الشَّركة في وعاء المضاربة جزءاً من رأس مالها أيضاً، فتستحقُّ ربحها مضافاً إلى ما تستحقُّه بصفة المضارِب.

٤ ـ إن محفظة التَّأمين تتزايد مبالغها بتزايد المستأمنين، وبالعوائد التي تكسبها من استثمار أموالها على أساس المضارَبة مع الشَّركة؛ فإن بقي شيء بعد دفع التَّعويضات إلى المستأمنين حسب الشُّروط ـ وهو الذي يُسمَّى الفائض التَّأميني ـ فإن جزءاً منه توزعه الشَّركة على المستأمنين حسب اللوائح المنظمة لذلك.

أولاً: الفوارق الجوهرية بين شركات التكافل وشركات التأمين التقليدية:

وتختلف شركات التَّكافل عن شركات التَّأمين التَّقليديَّة بالفوارق الجوهرية الآتية:

١ ـ إن محفظة التَّأمين ليست مستقلة من أموال الشَّركة في التَّأمين التَّقليدي، وجميع ما يدفعه المستأمنون من أقساط التَّأمين تكون مملوكة للشَّركة، بخلاف شركات التَّكافل، فإن محفظة التَّأمين فيها منفصلة تماماً عن أموال الشَّركة، وليست مملوكة لها.

٢ ـ إن عقد التَّأمين التَّقليديِّ عقد معاوضة بين المستأمن والشَّركة، يدفع حامل الوثيقة بموجبه أقساط التَّأمين إلى الشَّركة، وتدفع الشَّركة إليه مبالغ التَّأمين ـ عند توافر الشُّروط ـ من أموالها المملوكة لها. أما شركات التَّكافل، فإن المستأمنين فيها يتبرَّعون بالأقساط إلى محفظة التَّأمين، وهي تتبرَّع إليهم بالتَّعويضات حسب شروطها.

٣ ـ الأرباح الحاصلة من استثمار الأقساط كلها مملوكة في التَّأمين التَّقليدي للشَّركة، بحكم كون الأقساط مملوكة لها، ولا حق للمستأمنين في هذه الأرباح، أما ما يستحقونه من مبالغ التَّأمين أو التَّعويضات عند الأضرار المؤمَّن عليها فإنما يستحقونه بحكم عقد التَّأمين، لا من حيث إنهم مساهمون في الاستثمار. بخلاف شركات التَّكافل، فإن أرباح الأقساط فيها ليست مملوكة للشَّركة، وإنما هي مملوكة لمحفظة التَّأمين المملوكة للمستأمنين.

٤ ـ لا يستحق المستأمنون في التَّأمين التَّقليدي أيَّة حِصَّة في الفائض التَّأميني، فإنه بأسره مملوك للشَّركة، وهو الرِّبح المقصود لها من وراء عمليات التَّأمين. أما في شركات التَّكافل، فالفائض كله مملوك للمحفظة، ويوزع كله أو جزء منه على المستأمنين.

هذه خلاصة ما يجري عليه العمل في شركات التَّكافل المعاصرة وما تتميَّز به عن شركات التَّأمين التَّقليدية.

ثانياً: التَّكييفُ الشَّرعيُّ لعمليات التكافلِ:

وبالرَّغم من التوسع الذي نشاهده في نشاطات شركات التَّكافل واتفاق هيئاتها الشَّرعية على جواز هذه العمليات، فإنه لم تتفق مواقف العلماء على تكييفها الفقهيِّ، ولا يزال الخلاف فيه قائماً حتى الآن؛ وذلك لأن عمليات التَّكافل تتلخَّص في أمور ثلاثة:

الأول: التَّبرع من قبل حامل الوثيقة إلى محفظة التَّأمين.

الثاني: دفع المحفظة مبالغ التَّأمين إلى حامل الوثيقة عند توافر الشُّروط.

الثالث: عود الفائض التأميني أو جزء منه إلى حملة الوثائق.

وإن هذه الأمور الثَّلاثة كلها مرتبط بعضها ببعض، وكل دفعة من هذه الدفعات لازمة على الدَّافع بحكم العقود أو اللوائح التي تنظِّم هذه العمليات؛ فما هي صفة هذه الدفعات من النَّاحية الفقهية؟ وكيف تكسب هذه الدفعات صفة الإلزام؟ وإن كان ما يدفع حامل الوثيقة هبة؛ فكيف يرجع إليه عند التَّعويض أو عند توزيع الفائض؟.. هذه أسئلة أجاب عنها المجوزون لهذه العملية بطرق مختلفة.

١ ـ هبةُ الثَّوابِ:

فكيَّفه بعض الكتَّاب المعاصرين على أساس الهبة بشرط العِوَض، المعبَّر عنها بهبة الثَّواب عند كثير من الفقهاء؛ فقالوا: ما يدفعه حامل الوثيقة إلى المحفظة هبة بشرط أن تعوضه المحفظة بالتَّعويض التَّأميني عند توافر الشُّروط، وبجزء من الفائض التَّأميني.

ولكن تكييفه على أساس هبةِ الثَّواب بعيد عن الصَّواب؛ لأن الفقهاء صرَّحوا بأن الهبة إذا اشترط فيها العوض فإنه بيع ويأخذ جميع أحكام البيع، أما الحنفية فيجعلونها هبةً ابتداءً، وبيعاً انتهاءً. جاء في «كنز الدَّقائق»:

(والهبة بشرط العِوَض هبة ابتداء، فيشترط فيها التقابض في العوضين، وتبطل بالشُّيوع، بيع انتهاء، فترد بالعيب وخيار الرُّؤية وتؤخذ بالشُّفعة).

وقال الطُّوري تحته نقلاً عن وقف هلال والخصاف:

(ولو وهب الواقف الأرض التي شرط فيها الاستبدال به ولم يشترط عوضاً لم يجز، ولو شرط عوضاً فهو كالبيع)[١].

أما الفقهاء الآخرون، وفيهم زفر من الحنفية[٢]، فيعتبرون الهبة بشرط العِوَض بيعاً ابتداءً وانتهاءً. قال الحطَّاب رحمه الله:

(وجاز شرط الثَّواب: يعني أن الهبة تجوز بشرط الثَّواب، وسواء عيَّن الواهب الثواب الذي يريد أم لا. أما إذا عيَّنه فقالوا: إنها جائزة، وهي حينئذٍ من البيوع. قال في «التَّوضيح»: كما لو قال: أهبها لك بمئة دينار. ويشترط في ذلك شروط البيع)[٣]

وقال الشربينيُّ الخطيبُ:

(ولو وهب شخصاً شيئاً بشرط ثواب معلوم عليه، كوهبتك هذا على أن تثيبني كذا، فالأظهر صحة هذا العقد نظراً للمعنى؛ فإنه معاوضة بمال معلوم فصحَّ، كما لو قال: بعتك. والثاني بطلانه نظراً إلى اللفظ لتناقضه، فإنَّ لفظ الهبة يقتضي التَّبرع، ويكون بيعاً على الصَّحيح نظراً إلى المعنى. فعلى هذا تثبت فيه أحكام البيع من الشُّفعة والخيارين وغيرهما. قال في «التَّنقيح»: بلا خلاف، وغلَّط الغزالي في إشارته إلى خلاف فيه. اهـ.)[٤]

وقال البَهوتيُّ رحمه الله:

(وإن شرط الواهب فيها ـ أي: الهبة ـ عوضاً معلوماً؛ صارت الهبة بيعاً، فيثبت فيها خيار مجلس ونحوه، ويثبت فيها شُفعة إن كان الموهوب

---

(١) البحر الرَّائق: ٧/ ٥٠٢؛ وراجع أيضاً: المبسوط، للسَّرخسيِّ: ١٢/ ١٠١؛ وحاشية ابن عابدين: ٥/ ٧٠٥ ـ ٧٠٦.

(٢) البحر الرَّائق: ٧/ ٥٠٢؛ وبدائع الصَّنائع: ٦/ ١٣٢.

(٣) مواهب الجليل، للحطَّاب: ٦/ ٦٦.

(٤) مغني المحتاج: ٢/ ٤٠٤.

شقصاً مشفوعاً، ونحوهما كالردِّ بالعيب. . . ووجوب التَّساوي. . . لأنه تمليك بِعوضٍ معلوم. أشبه ما لو قال: بعتك أو ملكتك هذا بهذا)[1]

فظهر بهذا أن المذاهب الأربعة متفقة على أن الهبة بشرط العِوض بيع في جميع أحكامه.

وعلى هذا لو بُني التَّكافل التَّأميني على أساس الهبة بشرط العِوض، فإن ذلك يؤدي إلى محظورات آتية:

أولاً: إن صيغة التَّكافل إنما لجأنا إليها للفِرار من الغرر في عقد معاوضة؛ فلو اخترنا لذلك صيغة الهبة بشرط العِوض، فقد ثبت أنه عقد معاوضة مثل البيع سواء بسواء، فعاد المحظور الذي امتنع من أجله التَّأمينُ التَّقليديُّ.

ثانياً: لما كانت هبة الثَّواب في حكم البيع، وكِلا العِوَضين في التَّأمين نقد، فإنه يشترط فيه التَّساوي مع التَّقابض قبل التَّفرق، كما سبق في عبارة البهوتيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ. وظاهر أن هذا الشَّرط يستحيل توافره في عقود التَّكافل، وعند فقدان هذا الشَّرط تستلزم هذه الهبة الرِّبا الصُّراح علاوة على الغَررِ الفاحش.

ثالثاً: صرَّح جميع الفقهاء أن الهبة بشرط العِوَض إنما تصحُّ بيعاً إذا كان العِوَض معلوماً، أما إذا كان العِوَض مجهولاً، فإن العقد باطل عند الشَّافعية والحنابلة[2]، وقال الحنفية والمالكية: تصحُّ الهبة مطلقة، ويبطل شرط العِوَض[3]. والعِوَض المستحق في تأمين الأشياء والمسؤوليات غير معلوم، فلا تصحُّ العملية على أساس الهبة بشرط العِوَض عند أحد من المذاهب الأربعة.

---

(١) كشاف القناع: ٤/ ٣٠.

(٢) مغني المحتاج: ٢/ ٤٠٥؛ وكشاف القناع: ٤/ ٣٠.

(٣) البحر الرَّائق: ٧/ ٢٠٥؛ ومواهب الجليل: ٦/ ٦٦.

فتبين بهذا أن تخريج التَّأمين التَّكافلي على أساس الهبة بشرط العِوَض لا يصحُّ من ناحية من النواحي.

٢ ـ التزامُ التَّبرُّع:

والتَّكييف الثَّاني للتَّأمين التَّكافلي الذي اختاره جمع من العلماء المعاصرين، هو أن حامل الوثيقة يلزم نفسه بالتَّبرُّع لمجموعة المستأمنين المالكين لمحفظة التَّأمين، أما ما يحصل عليه المستأمن المتضرِّر، فهو أيضاً التزام بالتَّبرُّع من محفظة التَّأمين؛ وهو التزام معلق على وقوع الضَّرر المؤمن منه وتحقق الشُّروط وانتفاء الاستثناءات. والملتزم له هو المستأمن المتضرِّر.

وهذا التَّكييفُ مبنيٌّ على أصل المالكية: (من ألزم نفسه معروفاً لزمه). وقد توسَّع الحطَّاب ﷺ في بيان أنواع هذا الالتزام وأحكامه، ومن أمثلته ما ذكره الحطَّاب بقوله:

(من التزم الإنفاق على شخص مدَّة معينة، أو مدة حياة المنفِق أو المنفَق عليه، أو حتى يقدم زيد، أو إلى أجل مجهول، لزمه ذلك ما لم يُفلس أو يمت؛ لأنه تقدَّم في كلام ابن رشد أن المعروف على مذهب مالك وأصحابه لازم لمن أوجبه على نفسه، ما لم يفلس أو يمت... والفروع الآتية كلُّها صريحة في القضاء بذلك)[١].

وإن هذا التَّخريج وإن كان أحسن من التَّخريج على أساس هبة الثَّواب، فإنه لا يخلو من مؤاخذات؛ لأن الالتزام إن كان من طرف واحد فلا شُبهة في كونه التزام تبرع حسب ما ذكره المالكية، ولكننا أمام التزامين من طرفين مرتبطٌ كلٌّ منهما بالآخر، وتبدو هذه النُّقطة جلية حينما نتصور أن شركة التَّأمين أنشأت محفظة للتَّأمين، تلتزم التَّبرع بتعويض أضرار

(١) تحرير الكلام في مسائل الالتزام، للحطَّاب، ص٧٥.

النَّاس بشرط أن يلتزموا بالتَّبرع إليها؛ لأن المحفظة لا تتبرَّع بالتَّعويض لمن لا يتبرع بالأقساط. متى اشتُرط الالتزام بأن يدفع الملتزَم له شيئاً للملتزم، فإنه يأخذ حكم هبة الثَّواب عند المالكية أنفسهم الذين أبدعوا فكرة التزام التَّبرُّع؛ يقول الحطَّاب رَحِمَهُ اللهُ:

(النَّوع الخامس: الالتزام المعلَّق الذي فيه منفعة للملتزِم بكسر الزاي، وهو على أربعة أوجه: الأول: أن يكون الفعل المعلق عليه إعطاء الملتَزَم له للملتزِم أو لغيره شيئاً وتمليكه إياه، نحو: إن أعطيتني عبدك أو دارك أو فرسك فقد التزمت لك بكذا.. فهذا من باب هبة الثَّواب. وقد صرَّحوا بأنه إذا سمى فيها الثَّواب أنها جائزة، ولم يحك في ذلك خلافاً، وأنها حينئذٍ بيع من البيوع، فيشترط في كل من الملتزَم به والملتزَم عليه ما يشترط في الثَّمن والمثمون من انتفاء الجهل والغرر، إلا ما يجوز في هبة الثَّواب مما سيأتي ذكره في التَّنبيه الرَّابع، ويشترط فيهما أيضاً كون كلٍّ منهما طاهراً منتفَعاً به مقدوراً على تسليمه.. ولا يجوز أن يكونا طعامين... إلا أن يكون ذلك في مجلس واحد، والطَّعامان حاضران)[1]

وهذا يدلُّ على أن تخريج التَّأمين التَّكافلي على أساس التزام التَّبرُّع لا يختلف في النتيجة عن تخريجه على أساس هبة الثواب، وأنه يؤدي إلى نفس المحاذير التي ذكرناها في هبة الثَّواب.

ثمَّ إن ما يتبرَّع به حامل الوثيقة أو المستأمن إلى المحفظة هل يخرج من ملكه أو لا يخرج؟ قد اضطربت فيه الأقوال؛ فذكر بعض العلماء الذين كتبوا في تكييف التَّكافل التَّأميني أن محفظة التَّأمين مملوكة لمجموعة المستأمنين. وإن كان كذلك فينبغي أن تجب الزَّكاة على المستأمنين في جميع ما دفعوه من أقساط، كما ينبغي أن يجري فيها الميراث، مع أن من

---

(١) تحرير الكلام، ص٢٠٠.

المستحيل في النِّظام التَّكافلي السَّائد اليوم أن تخضع أموال المحفظة لأحكام الميراث.

وإن قلنا: إن الأقسام المدفوعة من المستأمنين خرجت من ملكهم، وإنهم تبرعوا بها للمحفظة، فينبغي أن لا يبقى لهم أيُّ حق في هذه الأقساط، فلماذا يرجع إليهم الفائض التَّأميني بحكم العقد؟ وقد ذكر بعض العلماء أن هذا التَّبرع تبرُّع جزئيٌّ وليس كليّاً، وإن كان كذلك فينبغي أن يتميَّز القدر المتبرع به من غير المتبرع به حتى تجب الزَّكاة في الأخير ويجري فيه الميراث؛ فمتى يتعيَّن هذا القدر؟.

وذكر بعضهم أن هذا التبرُّع مشروط بوقوع الأضرار المؤمَّن عليها، وإن كان كذلك فإن التَّبرُّع لا يتم إلا عند وقوع الشَّرط، فينبغي أن تظلَّ الأموال مملوكة لأصحابها إلى أن يوجد الشَّرط، فيجري فيها الميراث وتجب فيها الزَّكاة، ثمَّ متى نقول: إن الشَّرط قد وجد؟ هل يعتبر وجود الشَّرط عند أول ضرر يلحق أحد المستأمنين؟ وإن كان كذلك، فما هو قدر التبرُّع من أقساط مستأمن واحد؟ هل يعتبر جميع ما دفع متبرَّعاً به عند أول ضرر يلحق؟ فلا يبقى على ملكه شيء عند وجود الفائض، فكيف يستحق جزءاً من الفائض؟ أو يقسم تعويض كل ضرر على جميع المستأمنين بالنِّسبة والتَّناسب، فيعتبر ما أصاب كلَّ مستأمن من التَّعويض تبرعاً منه، ويبقى الباقي على ملكه؟.

وإن كان كذلك، فينبغي أن يعرف القدر المتبرَّع به عند دفع أي تعويض إلى أي متضرِّر حتى يعرف الباقي في ملكه فيزكيه المالك ويجري فيه الميراث؛ أو يعتبر هذا التَّبرُّع عند نهاية السَّنة حينما يتبيَّن عدد الأضرار وصافي قيمة التَّعويضات التي دفعت، وفي هذه الصُّورة الأخيرة، كيف يصحُّ دفع التَّعويضات خلال السَّنة مع أن أموال المحفظة لا تزال مملوكة لأصحابها؟!.

هذه أسئلة ليس من السَّهل الإجابة عنها بصورة مقنعة، إن وقع تخريج التَّكافل على أساس عقد المستأمن وبين المحفظة.

والتَّكييفُ الذي ربما يبتعد من هذه الشُّبهات: أن تعتبر محفظة التَّأمين محفظة تعاونية تهدف إلى تعويض أضرار المشتركين، وتعتبر المبالغ المدفوعة إليها من قبل المشتركين تبرعاً مطلقاً باتّاً غير مشروط بشيء، بحيث تخرج عن ملك المتبرعين، فلا تجب فيها الزَّكاة ولا يجري فيها الميراث، ولا يستحقون استرجاعها، وتصير مملوكة للمحفظة ملكاً تامّاً تتصرف فيها المحفظة حسب لوائحها ونظمها، وحينئذٍ فلا داعي للمتبرعين لها أن يكون بينهم وبين المحفظة عقد يستحقون التَّعويضات بموجبه، وإنما يتبرعون لها تبرعاً باتّاً دون أي شرط.

ثمَّ إنهم يستحقُّون التَّعويضات عند وقوع الأضرار بحكم لوائح المحفظة، لا بموجب عقد تعاقدوه معها، وبما أن المحفظة تتصرَّف في ملكها كيف شاءت، فإنه يجوز لها أن تنص في لوائحها أنها سوف توزع جزءاً من فائضها على المتبرِّعين، علاوة على تعويضهم عن الأضرار.

ولكن هذا التَّكييف إنما يصح إذا كانت هذه المحفظة لها شخصية معنوية معتبرة شرعاً وقانوناً، فيصح منها التَّملك والتَّمليك، أما في نظام التَّكافل المعمول به اليوم فإن هذه الشَّخصية المعنوية غير واضحة؛ لأن محفظة التَّأمين في شركات التَّكافل ليس لها وجود قانوني منفصل عن الشَّركة، وإنها تشبه مجموعة أموال أفرزها أصحابها لغرض معيَّن، وإنها لا تكسب شخصية مستقلَّة بمجرَّد هذا الإفراز.

ثالثاً: تطوير التكافل باستخدام صيغة الوقف:

ثمَّ يجب أن تكون لهذه المحفظة صفة خيريَّة أو تعاونيَّة معتبرة، حتى نستطيع القول بأن ما يدفع منها إنما يدفع على أساس التَّعاون دون المعاوضة، ومن هنا ظهرت الحاجة إلى أن تكون هذه المحفظة على

أساس الوقف، فإن الوقف له شخصية اعتبارية في كل من الشَّريعة والقانون. ثمَّ إن الوقف يجوز فيه من الشُّروط ما لا يجوز في غيره، فالمجال فيه أوسع بالنِّسبة إلى الهبة والتزام التَّبرُّع.

١ ـ مبادئ الوقف التي لها شأن في الموضوع:

ونريد فيما يلي أن نذكر صورة لتطبيق صيغة الوقف على التَّكافل التَّأميني، ولابدَّ قبل ذلك من إيضاح بعض مبادئ الوقف التي لها شأن في الموضوع:

أ ـ وقفُ النُّقودِ:

ذهب الحنفية والمالكية وبعض الحنابلة إلى جواز وقف النُّقود، وسبيله عندهم أن تدفع نقود الوقف مضاربة، ويصرف الرِّبح الحاصل منها إلى الموقوف عليهم حسب شروط الوقف. قال ابن الهُمام رَحِمَهُ اللهُ:

(وعن الأنصاري ـ وكان من أصحاب زفر ـ: فيمن وقف الدَّراهم أو الطَّعام أو ما يكال أو ما يوزن أيجوز ذلك؟ قال: نعم! قيل: وكيف؟ قال: يدفع الدَّراهم مضاربة، ثم يتصدَّق بها في الوجه الذي وقف عليه)[١]

وعقد الإمام البخاري باباً لجواز وقف المنقولات، وبدأه بقول للزُّهري في جواز وقف النُّقود، مما يدلُّ على أن مذهب البخاري جوازه أيضاً، قال:

(وقال الزُّهري فيمن جعل ألف دينار في سبيل الله، ودفعها إلى غلام له تاجر يتَّجر بها، وجعل ربحه صدقة للمساكين والأقربين، هل للرَّجل أن يأكل من ربح تلك الألف شيئاً، وإن لم يكن جعل ربحها صدقة في المساكين؟ قال: ليس له أن يأكل منها)[٢].

---

(١) فتح القدير: ٦/ ١٩.

(٢) صحيح البخاري، كتاب الوصايا، باب وقف الدَّواب والكراع والعروض والصَّامت، رقم الباب (٣١).

وقال شيخنا العلامة التّهانوي رَحِمَهُ اللهُ:

(إن الآثار دالة على صحّة وقف المنقولات من الكراع والسِّلاح، فيلحق به ما في معناه من المنقولات، وتحبيس الأصل والانتفاع بالثَّمرة في كل شيء بحسبه، فتحبيس الدَّراهم والدَّنانير: أن لا تباع، ولا توهب، ولا تورث، بل يتَّجر بها، والتِّجارة إتلاف صورة وإبقاء معنًى كما لا يخفى، فأشبه بيع الفرس الحبيس في سبيل الله إذا كبر ولم يمكن القتال عليه، ليشتري بثمنه آخر مكانه)[1].

وذهب المالكية إلى جواز وقف الدَّراهم والدَّنانير لأجل الإقراض، وحكى البعض عنهم جوازه لأجل الاستثمار بأن يكون الرِّبح للموقوف عليهم، وروي مثله عن بعض الحنابلة[2].

والحاصل: أن وقف النُّقود يصحُّ عند جماعة من الفقهاء، وتبقى النُّقود الموقوفة مشغولة في التِّجارة لا يصرف منها شيء على الموقوف عليهم، وإنما يصرف عليهم ما يكسب الوقف من أرباح، وكذلك ما يتبرع به للوقف؛ فإن التَّبرعات للوقف لا تصير وقفاً، كما سيأتي إن شاء الله تعالى.

ب ـ انتفاعُ الواقفِ بوقفه:

المبدأ الثاني من مبادئ الوقف: أن الواقف يجوز له الانتفاع بوقفه، إن كان الوقف عامّاً أو اشترطه لنفسه مع الآخرين، والأصل فيه وقف سيدنا عثمان رَضِيَ اللهُ عَنْهُ بئر رومة، ومن شروطه التي نصَّ عليها رسول الله ﷺ: «**من يشتري بئر رومة فيجعل دلوه كدِلاء المسلمين؟**».

وأخرجه النَّسائي: عن عثمان رَضِيَ اللهُ عَنْهُ، قال: (هل تعلمون أن رسول الله

---

(١) إعلاء السُّنن، كتاب الوقف: ١٣/ ١٦٥.

(٢) مواهب الجليل: ٦/ ٢١؛ والدسوقي على شرح مختصر خليل: ٤/ ٧٧؛ وكتب ورسائل وفتاوى ابن تيمية في الفقه: ٣١/ ٢٣٤؛ والإنصاف، للمرداوي: ٧/ ١١.

ﷺ قَدِم المدينة وليس بها ماء يستعذب غير بئر رومة، فقال: «**من يشتري بئر رومة فيجعل فيها دلوه مع دلاء المسلمين بخير له منها في الجنة؟**» فاشتريتها من صلب مالي، فجعلتُ دلوي فيها مع دِلاء المسلمين؟)[١]

وقد عقد الإمام البخاريُّ بابين لبيان المسألة: أحدهما: لجواز انتفاع الواقف بوقفه دون شرط إذا كان الوقف عامّاً، فقال: (باب هل ينتفع الواقف بوقفه؟). وباباً آخر: لجواز اشتراط الانتفاع، فقال: (باب إذا وقف أرضاً أو بئراً، واشترط لنفسه مثل دلاء المسلمين، وأوقف أنس داراً، فكان إذا قدمها نزلها)[٢]

وعلى أساس هذا الحديث وبعض آثار الصَّحابة ذهب الحنفية والحنابلة إلى جواز أن يشترط الواقف الانتفاع بوقفه لنفسه؛ جاء في «الفتاوى الهندية»:

(في «الذَّخيرة»: إذا وقف أرضاً أو شيئاً آخر، وشرط الكلَّ لنفسه أو شرط البعض لنفسه ما دام حيّاً، وبعده للفقراء، قال أبو يوسف رحمه الله: الوقف صحيح. ومشايخ بلخ رحمهم الله أخذوا بقول أبي يوسف، وعليه الفتوى؛ ترغيباً للناس في الوقف.. ولو قال: صدقة موقوفة لله تعالى تجري غلَّتُها عليَّ ما عشت، ولم يزد على ذلك، جاز. وإذا مات تكون للفقراء. ولو قال: أرضي هذه صدقة موقوفة تجري غلتها عليَّ ما عشت، ثم بعدي على ولدي وولد ولدي ونسلهم أبداً ما تناسلوا، فإن انقرضوا فهي على المساكين؛ جاز ذلك. كذا في «خزانة المفتين»)[٣]

---

(١) سنن النَّسائي، كتاب الاحتباس، باب وقف المساجد، حديث (٣٦٣٨)؛ واللفظ الأول للترمذي، كتاب المناقب، حديث (٢٧٠٣)؛ وذكره البخاري تعليقاً في المساقاة، باب (١).

(٢) كتاب الوصايا، باب (٣٤).

(٣) الفتاوى الهندية: ٢/ ٣٩٨.

وجاء في «المغني» لابن قدامة:

(وجملته إذا اشترط في الوقف أن ينفق منه على نفسه صحَّ الوقف والشَّرط. نصَّ عليه أحمد)(١)

ويقول المرداوي رحمه الله:

(وإن وقف على غيره واستثنى الأكل منه مدة حياته صحَّ. هذا المذهب نصَّ عليه، وعليه جماهير الأصحاب)(٢).

أما الشَّافعية فلا يجوِّزون مثل هذا الشَّرط، ولكن إذا كان الوقف لنوع هو داخل فيه، يجوز له الانتفاع عندهم أيضاً؛ قال الكوهجي رحمه الله:

(للواقف أن ينتفع بوقفه العام، كالصَّلاة بمسجد وقفه. ويستثنى من عدم صحَّة الوقف على النَّفس مسائل؛ منها: لو وقف على العلماء ونحوهم كالفقراء واتَّصف بصفتهم، أو على الفقراء ثم افتقر، أو على المسلمين، كأن وقف كتاباً للقراءة، أو قدراً للطبخ، أو كيزاناً للشرب منها، فله الانتفاع معهم؛ لأنه لم يقصد نفسه)(٣)

ج ـ ما يتبرَّع للوقفِ ليس وقفاً، بل هو مملوكٌ للوقفِ:

المبدأ الثالث الذي يهمُّنا في المسألة: أن ما يتبرع به للوقف لا يكون وقفاً، وإنما هو مملوك للوقف يصرف للموقوف عليهم ولمصالح الوقف؛ جاء في «الفتاوى الهندية»:

(رجل أعطى درهماً في عمارة المسجد، أو نفقة المسجد، أو مصالح المسجد صح؛ لأنه وإن كان لا يمكن تصحيحه وقفاً، يمكن تصحيحه

(١) المغني: ٦/ ١٩٣.
(٢) الإنصاف: ٧/ ١٨.
(٣) زاد المحتاج، للكوهجي: ٢/ ٤٢٠.

تمليكاً للمسجد، فإثبات الملك للمسجد على هذا الوجه صحيح، فيتمُّ بالقبض)[١].

وجاء في «الفتاوى التتارخانية»:

(وفي «مجموع النوازل»: سُئل شيخ الإسلام أبو الحسن عن رجل قال: وقفت داري على مسجد كذا، ولم يزد على هذا، وسلَّمها إلى المتولِّي، صحَّ... قال: وعلى هذا يكون تمليكاً للمسجد وهبة فيتمُّ بالقبض، وإثبات الملك للمسجد يصحُّ على هذا الوجه، فإن المتولي إذا اشترى من غلَّة المسجد داراً للمسجد يصحُّ، وكذا من أعطى دراهم في عمارة المسجد، أو نفقة المسجد، أو مصالح المسجد يصحُّ، وكذا إذا اشترى المتولي عبداً يخدم المسجد يصحُّ كل ذلك، فيصحُّ هذا بطريق التَّمليك بالهبة، وإن كان لا يصحُّ بطريق الوقف)[٢]

د ـ لابدَّ في الوقفِ أن يكون لجهةٍ لا تنقطعُ:

المبدأ الرابع: أن الوقف لابدّ له أن يصرف في النِّهاية إلى جهة غير منقطعة؛ مثل: الفقراء، وهذا مما اتَّفق عليه الفقهاء؛ قال ابن قدامةَ رحمه الله:

(وجملة ذلك: أن الوقف الذي لا اختلاف في صحته ما كان معلوم الابتداء والانتهاء، غير منقطع، مثل: أن يجعل على المساكن، أو طائفة لا يجوز بحكم العادة انقراضهم. وإن كان غير معلوم الانتهاء، مثل: أن يقف على قوم يجوز انقراضهم بحكم العادة، ولم يجعل آخره للمساكين، ولا لجهة غير منقطعة؛ فإن الوقف يصحُّ ـ بمعنى: أنه ينصرف في النِّهاية تلقائيّاً إلى جهة غير منقطعة، كأن الواقف عيَّنها تقديراً بحكم العرف. كما

---

(١) الفتاوى الهندية، كتاب الوقف، الباب الحادي عشر، الفصل الثاني: ٢/ ٤٦٠؛ راجعها مع ما نقله عنها: الشيخ التهانوي في إعلاء السنن: ١٣/ ٢٠٠، فإن في بعض النسخ خللاً؛ وراجع أيضاً: الخانية مع الهندية: ٣/ ٢٩١؛ والتتارخانية: ٥/ ٨٥٤.

(٢) الفتاوى التتارخانية، كتاب الوقف، الفصل (٢١): ٥/ ٥٨٠.

فصَّله ابن قدامة فيما بعد ـ وبه قال مالك، وأبو يوسف، والشَّافعي في أحد قوليه، وقال محمد بن الحسن: لا يصحُّ، وهو القول الثاني للشَّافعي)[١].

٢ ـ تطبيقُ صيغةِ الوقفِ على التَّكافل:

وعلى أساس هذه المبادئ، يمكن إنشاء صندوق التَّأمين على أساس الوقفِ بالشَّكل الآتي:

١ ـ تُنشئ شركة التَّأمين الإسلامي صندوقاً للوقف، وتعزل جزءاً معلوماً من رأس مالها يكون وقفاً على المتضرِّرين من المشتركين في الصُّندوق حسب لوائح الصُّندوق، وعلى الجهات الخيرية في النِّهاية، ويكون ذلك من باب وقف النُّقود الذي مرّ كونه مشروعاً، فيبقى هذا الجزء المعلوم من النُّقود مستثمَراً بالمضاربة، وتدخل الأرباح في الصُّندوق لأغراض الوقف.

٢ ـ إن صندوق الوقف لا يملكه أحد، وتكون له شخصية معنوية يتمكّن بها من أن يتملك الأموال ويستثمرها ويملِّكُها حسب اللوائح المنظِّمة لذلك.

٣ ـ إن الرَّاغبين في التأمين يشتركون في عضوية الصُّندوق بالتَّبرُّع إليه حسب اللوائح.

٤ ـ ما يتبرع به المشتركون يخرج من ملكهم ويدخل في ملك الصندوق الوقفيِّ، وبما أنه ليس وقفاً، وإنما هو مملوك للوقف كما قررنا في المبدأ الثالث من مبادئ الوقف، فلا يجب الاحتفاظ بمبالغ التبرُّع كما يجب في النُّقود الموقوفة، وإنما تستثمر لصالح الصُّندوق، وتصرف مع أرباحها لدفع التَّعويضات وأغراض الوقف الأخرى.

٥ ـ تنصُّ لائحة الصُّندوق على شروط استحقاق المشتركين

---

(١) المغني، لابن قدامة: ٦/ ٢١٤.

للتَّعويضات، ومبالغ التبرع التي يتم بها الاشتراك في كل نوع من أنواع التَّأمين، ويجوز أن يتمَّ تعيين ذلك على الحساب الأكتواري المعمول به في شركات التَّأمين التَّقليدية.

٦ ـ ما يحصل عليه المشتركون من التَّعويضات ليس عِوضاً عما تبرَّعوا به، وإنَّما هو عطاء مستقلٌّ من صندوق الوقف لدخولهم في جملة الموقوف عليهم حسب شروط الوقف، ومن تبرَّع بشيء على الوقف لا يمنعه ذلك من الانتفاع بالوقف، إن كان داخلاً فيمن ينتفع به حسب شروط الواقف، فإن الواقف يجوز له الانتفاع بوقفه إن كان داخلاً في جملة الموقوف عليهم، كما سبق، فانتفاع المتبرِّع على الوقف أولى، وهذا كما يتبرَّع شخص لمسجد ثمَّ يصلِّي فيه، أو لمدرسة ثم يتعلَّم فيها، أو لمستشفى ثمَّ يمرَّض فيه، وهذا الانتفاع ليس عِوضاً عن التَّبرُّع الذي تقدَّم به.

وهذا الأمر واضح جدّاً من الأمثلة الَّتي ذكرناها؛ لأن التبرعات التي دخلت في ملك الوقف مشابهة لغلَّة الوقف، وهي تصرف على الموقوف عليهم؛ وجاء في «الفتاوى التتارخانية» ما نصه:

(وفي «فتاوى أبي الليث»: سُئل الفقيه أبو جعفر عمن قال: جعلتُ حجرتي لدهن سراج المسجد، ولم يزد على هذا؟ صارت الحجرة وقفاً على المسجد بما قال، ليس له الرُّجوع ولا له أن يجعل لغيره، وهذا إذا سلَّمها إلى المتولِّي عند محمد، وليس للمتولِّي أن يصرف غلَّتها إلى غير الدَّهن)[(١)].

٧ ـ حيث إن الصُّندوق الوقفي مالك لجميع أمواله بما فيها أرباح النُّقود الوقفية والتبرُّعات التي قدمها المشتركون مع ما كسبت من الأرباح بالاستثمار، فإن للصُّندوق التَّصرف المطلق في هذه الأموال حسب

(١) الفتاوى التتارخانية، كتاب الوقف، الفصل (٢١) في المساجد: ٥/٥٧٨ ـ ٥٧٩.

الشُّروط المنصوص عليها في لوائحه؛ فللصُّندوق أن يشترط على نفسه بما شاء بشأن ما يسمَّى الفائض التَّأميني؛ فيجوز أن يمسكه في الصُّندوق كاحتياطيٍّ لما قد يحدث من النَّقص في السَّنوات المقبلة، ويجوز أن يشترط على نفسه في اللوائح أن يوزعه كلَّه أو جزءاً منه على المشتركين .

وربما يستحسن أن يقسم الفائض على ثلاثة أقسام: قسم يحتفظ به كاحتياطيٍّ، وقسم يوزَّع على المشتركين لتجلية الفرق الملموس بينه وبين التَّأمين التَّقليدي بشكل واضح لدى عامَّة النَّاس، وقسم يصرف في وجوه الخير لإبراز الصِّفة الوقفية للصُّندوق كل سنة. . وهذا ما اختاره صندوق التَّأمين لشركة التَّكافل في جنوب إفريقية التي طبقت صيغة الوقف في عمليات التأمين.

٨ ـ يجب أن ينص في شروط الوقف أنه إذا صُفِّي الصُّندوق فإن المبالغ الباقية فيه بعد تسديد ما عليه من التزامات، تُصرف إلى وجه غير منقطع من وجوه البرِّ، وذلك عملاً بالمبدأ الرَّابع من مبادئ الوقف التي مهَّدنا لها فيما سبق.

٩ ـ إن شركة التَّأمين التي تُنشئ الوقف تقوم بإدارة الصُّندوق واستثمار أمواله، أما إدارة الصُّندوق فإنّما تقوم به كمتولٍّ للوقف، فتجمع بهذه الصِّفة التبرُّعات وتدفع التَّعويضات وتتصرف في الفائض حسب شروط الوقف، وتفصل حسابات الصُّندوق من حساب الشَّركة فصلاً تامّاً، وتستحقُّ لقاء هذه الخدمات أجرة. وأما استثمار أموال الصُّندوق، فيمكن أن تقوم به كوكيل للاستثمار فتستحقُّ بذلك أجرة، أو تعمل فيها كمضارب، فتستحق بذلك جزءاً مشاعاً من الأرباح الحاصلة بالاستثمار.

والظَّاهر أنه لا مانع من كونها متولِّية للوقف ومضارِبة في أموالها في وقت واحد بشرط أن تكون المضاربة بعقد منفصل وبنسبة من الربح تنقص

ولو قليلاً عن نسبة ربح المضارب في السُّوق، فإن الفقهاء أجازوا لناظر الوقف أن يستأجر أرض الوقف بما يزيد على أجرة المثل[١].

فيمكن أن تقاس عليه المضاربة، وإن لم أره في كلام الفقهاء بصراحة.

ولئن كان هناك شكٌّ في جمع الشِّركة بين تولية الوقف وبين المضارَبة، فيمكن أن يكون أحد مديري الشَّركة أو أحد موظفيه متولياً للوقف بصفته الشَّخصية، ويستأجر الشَّركة لإدارة الصُّندوق بأجر، ويدفع إليها الأموال للاستثمار على أساس المضاربة.

١٠ ـ وعلى هذا الأساس يمكن أن تكسب الشَّركة عوائد من ثلاث جهات:

أولاً: باستثمار رأس مالها.

ثانياً: بأجرة إدارة الصُّندوق.

ثالثاً: بنسبة من ربح المضارَبة.

هذه بالإجمال أسس لتطوير التَّكافل باستخدام صيغة الوقف، وإن هذه الصِّيغة طبقتها شركة تكافل جنوب إفريقية بنجاح؛ إن هذه الشَّركة أنشأت صندوقاً وقفيّاً بمبلغ خمسة آلاف راند (العملة الرائجة في تلك البلاد) والصُّندوق له وجود قانوني مستقل لا تملكه الشَّركة ولا المشتركون، وإن المشتركين يتقدَّمون إليه بالتبرُّعات.

ومن شروط هذا الوقف: أنه يعوض أضرار المشتركين حسب لوائحه، وإن الشَّركة المنشئة للوقف تأخذ (١٠٪) من التَّبرُّعات نظير إدارتها للصُّندوق.

وإذا وقع نقص في الصُّندوق بحيث إن المبالغ الموجودة فيه لم تكفِ

---

(١) راجع: الفتاوى الهندية، كتاب الوقف، الباب الخامس: ٢/ ٤٢١.

للتَّعويضات، فإن الشَّركة تقدم قرضاً بلا فائدة إلى الصُّندوق الذي يسدد القرض بالفائض في المستقبل.

أما إذا حصل الفائض فإن (١٠٪) منه يدفع إلى وجوه البرِّ و(٧٥٪) يوزع على المشتركين، والباقي يحتفظ به في الصُّندوق على كونه احتياطيّاً له.

وإن هناك شركات للتَّكافل في باكستان في سبيل الإنشاء بصيغة الوقف، وهي الصِّيغة التي اختارتها الجهات الرَّسمية المنظمة لشركات التَّكافل في البلاد[١]

وإن لهذه الصِّيغة من المزايا ما ليس في غيرها من الصِّيغ؛ وذلك لأن كلّاً من هبة الثَّواب والالتزام المتبادل لا يخلو على الأقل من شبهة عقد المعاوضة، الذي هو السَّبب الرئيس في عدم مشروعية التَّأمين التَّقليديِّ، والذي أريدَ تفاديه بإبداع فكرة التَّكافل. ثم صفة التبرُّع من المستأمنين غير واضحة في هاتين الصِّيغتين، هل تخرج الأقساط من ملكهم أو لا تخرج؟ وفي كِلا الاحتمالين إشكالات بيَّناها فيما سبق.

أما الوقف، ففيه مجال للواقفين والمتبرعين إليه أن ينتفعوا به إذا توافرت فيهم الشُّروط بدون شرط التَّساوي بين ما تبرعوا به وبين ما ينتفعون به، وهذا هو الفرق الكبير بين الهبة والوقف، حيث لا يجوز أن يهب نقداً بشرط أن يعوض نقداً إلا بشرط التَّساوي والتَّقابض في المجلس، أما في الوقف، فلا يشترط أن يكون انتفاعه بوقفه مساوياً لما وقفه.

ثمَّ إن الوقف بصفته شخصية مستقلَّة يملك التبرُّعات التي تخرج من ملك المتبرِّعين، ويتصرف فيها الوقف حسب شروطه التي فيها مجال واسع للعناية بمصالح الواقفين والموقوف عليهم.

---

(١) وقد أُنشئت الآن فعلاً، والحمد لله.

وإضافة إلى ذلك، فإن الوقف صيغة أصيلة في الفقه الإسلاميِّ أنشئت لمباشرة الأعمال الخيرية والتَّعاونية، فإعمالها في إنشاء التَّكافل الذي هو مبنيٌّ على أساس التَّعاون أولى وأحرى من اللجوء إلى صيغ أخرى، لم تنضج بعدُ على أسس فقهيَّة مسلَّمَةٍ لدى الجميع.

والله ﷻ أعلم. نحمده ونصلِّي ونسلِّم على رسوله الكريم، وعلى أصحابه أفضل الصَّلوات والتَّسليم.



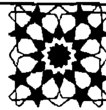
(٢٢)

رؤيةُ الهلالِ

(قَبولُ الشَّهادةِ برؤيةِ الهلالِ وموانعُها)

بحث أعدَّ للعرضِ على مؤتمر مقترح من قبل رابطة العالم الإسلاميِّ بمكَّةَ المكرَّمة (١٦/ ٦/ ٢٠٠٩م).

* * *





رؤيةُ الهلالِ

(قَبولُ الشَّهادةِ برؤيةِ الهِلال وموانعُها)

● **مقدمة:**

الحمدُ لله ربِّ العالمين، والصَّلاة والسَّلام على سيِّدنا ومولانا محمَّد خاتم النَّبيين وإمام المرسلين، وعلى آله وأصحابه أجمعين، وعلى كل من تبعهم بإحسانٍ إلى يوم الدِّين.

أما بعد: فإن الله ﷻ جعل الأهلَّة مواقيت لمعرفة بداية الأشهر الشَّرعية؛ حيث قال ﷻ: ﴿يَسْـَٔلُونَكَ عَنِ ٱلْأَهِلَّةِ ۖ قُلْ هِىَ مَوَٰقِيتُ لِلنَّاسِ وَٱلْحَجِّ﴾ [البقرة: ١٨٩].

وبما أنَّ الدِّين يسر، فإن رسول الله ﷺ جعل للأمة الإسلامية طريقاً بسيطاً لمعرفة بداية الشهر يستوي فيه العالم والجاهل، وهو قوله ﷺ: «**صوموا لرؤيته وأفطروا لرؤيته**» [رواه البخاري ومسلم].

وكان هذا طريقاً طبيعيّاً سارت عليه الأمة الإسلامية طوال القرون، دون أن تكون هناك مشاكل كبيرة في تطبيقه العمليِّ.

ولكن حدثت المشاكل منذ انكمشت المسافات بين البلاد البعيدة بفضل المراكب السَّريعة ووسائل الاتِّصال الحديثة، وأصبح العالم كلُّه بمرأًى ومسمع من كل أحد، وحينئذ ظهرت الخلافات في قضية ثبوت الهلال ورؤيته، حتى أصبحت هذه القضية مُعضِلة من مُعضِلات العصر،

ووقع بين التَّواريخ القمرية فيما بين البلاد الإسلامية فرق كبير ربما وصل إلى فرق أربعة أيام.

وحيث اختلفت وجهات النَّظر في موضوع اختلاف المطالع، والأخذ بالحساب، وشروط قَبولِ الخبر أو الشَّهادة، فكثيراً ما يقع أن البلد الواحد يصوم فيه قوم في يوم واحد ويُفطر آخرون، والحالة في الجاليات المسلمة في البلاد الغربية أسوأ لفقدان جهةٍ تحكُمهم من النَّاحية الشَّرعية، فكثيراً مّا يكون هناك عيدان أو ثلاثة أعياد في بلد واحد وسنة واحدة، وتنقسم بذلك الأُسَر والمساجد والمراكز الإسلامية، ولا شكَّ أن هذا الوضع مخالف تماماً لما أكد عليه القرآن والسُّنة من توحيد كلمة المسلمين، وجمع صفوفهم، ومنع التَّفرق والشِّقاق فيما بينهم.

ولقد أحسن المجمع الفقهي الإسلاميُّ لرابطة العالم الإسلامي في عقد هذا المؤتمر الحاشد لدراسة هذا الموضوع دراسة وافية لجميع جوانبه من قبل العلماء والخبراء ذوي الاختصاص، فجزى الله رئاسة المجمع وأمانته خيراً لهذه البادرة الطيبة التي ندعو الله سبحانه أن يمُدَّها بتوفيقه ويُكلِّلَها بالنَّجاح التام لحل مشاكل المسلمين في جميع أنحاء المعمورة، والله سبحانه ولي التَّوفيق وهو المستعان وعليه التُّكْلان.

وما زلت أشاهد أسباب الاختلاف في رؤية الهلال في بلاد مختلفة منذ سنوات طويلة، فوجدت أن حلَّ هذه المشكلة ليس صعباً لو اتفقت الأمة الإسلاميَّة على موضوعين:

الأول: موضوع اختلاف المطالع.

والثاني: شروط قَبولِ الشَّهادة، وهل يؤثر الحساب الفلكي على قبول شهادة الرُّؤية؟.

وبما أن الموضوع المفوض إليَّ في هذا المؤتمر هو (شروط قَبولِ الشَّهادة بالرُّؤية وموانعُها) فإني أريد أن أتكلَّم في هذا البحث عن هذا

الموضوع أولاً، ثم أنتقل إلى موضوع اختلاف المطالع، والله ﷻ هو الموفق للسَّداد والصَّواب.

وحيث إن كثيراً من الفقهاء فرَّقوا بين هلال رمضانَ وهلال الفِطرِ والأضحى من حيث ثبوتُ رؤيته، فالمناسب أن نتحدَّث عن هلال رمضان أولاً وعن هلال الأشهر الأخرى ثانياً.

أولاً: إثباتُ شهرِ رمضانَ:

أما إثباتُ شهرِ رمضانَ، فاختلف فيه الفقهاء على أقوال:

القول الأول: أنه لا يحتاج إلى شهادة شرعيَّة، بل يكفي خبر واحد عدل. وهو قول الحنابلة، وبه قال الحنفية في غير حالة الصَّحو. يقول ابن قدامة رحمه الله:

(المشهور عن أحمد: أنه يقبل في هلالِ رمضانَ قول واحد عدل، ويلزم النَّاس الصِّيام بقوله، وهو قول عمرَ، وعليٍّ، وابن عمر، وابن المبارك.. فإن كان المخبر امرأة فقياس المذهب قَبولُ قولها، وهو قول أبي حنيفة... لأنه خبر دينيٌّ فأشبه الرِّواية والخبر عن القِبلة ودخول وقت الصَّلاة، ويحتمل أن لا تُقبل لأنه شهادة برؤية الهلال فلم يقبل فيه قول امرأة)[1]

وجاء في «اللُّباب شرح مختصر القدوري» في بيان مذهب الحنفية:

((وإن كان بالسَّماء علة) من غيم أو غبار ونحوه (قبل الإمام شهادة الواحد العدل) وهو الذي غَلبت حسناتُه سيئاتِه، والمستور في الصَّحيح كما في «التَّجنيس» و«البزازية» قال الكمال: وبه أخذ شمس الأئمة الحلواني (في رؤية الهلال رجلاً كان أو امرأة، حرّاً كان أو عبداً) لأنه أمر دينيٌّ فأشبه رواية الأخبار، ولهذا لا يختصُّ بلفظ الشَّهادة، وتشترط العدالة؛

---

(١) المغني، لابن قدامة: ٣/ ٩٢، دار الكتب العلمية ـ بيروت.

لأن قول الفاسق في الدِّيانات غير مقبول، وتأويل قول الطَّحاوي (عَدلاً أو غير عدل): أن يكون مستوراً)[١]

القول الثاني: أنه يقبل في رمضان شهادة واحد عدل، ولكن يجب أن يتوافر فيه شروط الشَّهادة، فيجب أن يشهد بقوله: (أشهد) وأن يكون ذكراً حرّاً بالغاً، وهو الصَّحيح من مذهب الشافعيِّ رحمه الله. قال الشِّيرازي في «المهذب»:

(وقال في القديم والجديد: يقبل من عدل واحد وهو الصَّحيح... لأنه إيجاب عبادة فقبل من واحد احتياطاً للفرض. **فإن قلنا**: يقبل من واحد فهل من العبد والمرأة؟ فيه وجهان: **أحدهما**: يقبل؛ لأن ما قُبِل فيه قول الواحد قُبِل من العبد والمرأة كأخبار رسول الله ﷺ، **والثاني**: لا يُقبَل وهو الصَّحيح؛ لأن طريقها طريق الشَّهادة، بدليل أنه لا تقبل من شاهد الفرع مع حضور شاهد الأصل، فلم يقبل من العبدِ والمرأة كسائر الشَّهادات)[٢]

والقول الثالث: أنه لابدَّ من خبر ذكرين، وهو قول مالك، واللَّيث بن سعد، والأوزاعي، وإسحاق رحمهم الله، كما حكى عنهم ابن قدامة رحمه الله؛ قال الدَّردير في «الشَّرح الكبير»:

((يثبت رمضان) أي: يتحقَّق في الخارج ـ وليس المراد خصوص الثُّبوت عند الحاكم ـ بأحد أمور ثلاثة: إما (بكمال شعبان) ثلاثين يوماً، (أو برؤية عدلين) الهلال، فكلٌّ من أخبره عدلان برؤيةِ الهلالِ أو سمعهما يخبران غيره وجب عليه الصَّوم لا بعدل ولا به وبامرأة ولا به وبامرأتين على المشهور في الكلِّ)[٣]

---

(١) اللباب شرح القدوري: ١/ ١٦٣، دار إحياء التراث العربي.
(٢) المهذب في فقه الإمام الشافعي (مع المجموع): ٦/ ٢٦٥، دار الفكر.
(٣) الشرح الكبير، للدردير، مع حاشيته، للدسوقي: ١/ ٥٠٩، دار الفكر.

واستدلَّ المالكيَّة على وجوب شاهدين؛ بما أخرجه النَّسائي: عن عبد الرحمن بن زيد بن الخطَّاب قال: إنه خطب النَّاس في اليوم الذي يشكُّ فيه، فقال: ألا إني جالست أصحاب رسول الله ﷺ وساءلتهم، وإنهم حدَّثوني أن رسول الله ﷺ قال: «**صوموا لرؤيته وأفطروا لرؤيته، وانسكوا لها، فإن غمَّ عليكم فأكملوا ثلاثين، فإن شهد شاهدان فصوموا وأفطروا**»(١).

وكذلك أخرج أبو داود والدَّارقطني: عن أمير مكَّة الحارث بن الحاطب قال: عهد إلينا رسول الله ﷺ أن ننسك للرُّؤية، فإن لم نره وشهد شاهدا عدل نسكنا بشهادتهما.

ذكره الشَّوكاني في «نيل الأوطار» وقال:

(سكت عنه أبو داود والمنذري، ورجاله رجال الصَّحيح إلا الحسين بن الحارث الجدلي وهو صدوق، وصحَّحه الدَّارقطني كما ذكر المصنِّف، والحارث بن الحاطب المذكور له صحبة)(٢).

وأما الحنفية والحنابلة والشَّافعية الذين يقبلون خبر الواحد أو شهادته فحجتهم ما أخرجه أبو داود والنَّسائي والتِّرمذي: عن عكرمة، عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: جاء أعرابي إلى النَّبيِّ ﷺ فقال: إني رأيت الهلال، قال: «**أتشهد أن لا إلٰه إلا الله؟ أتشهد أن محمداً رسول الله؟**» قال: نعم. قال: «**يا بلال! أذِّن في النَّاسِ أن يصوموا غداً**». وهذا لفظ الترمذي(٣)

وقال التِّرمذي بعد إخراجه:

(حديث ابن عباس فيه اختلاف. وروى سفيان الثَّوري وغيره عن سماك عن عكرمة عن النَّبيِّ ﷺ مرسلاً، وأكثر أصحاب سماك رووا عن سماك

---

(١) سنن النَّسائي، كتاب الصَّوم، باب (٨)، حديث (٢١١٦).

(٢) نيل الأوطار (كتاب الصيام): ٤/ ٥٥٣، حديث (١٦٢٩)، دار الحديث ـ القاهرة.

(٣) جامع التِّرمذي، كتاب الصَّوم، حديث (٦٩١).

عن عكرمة عن النَّبي ﷺ مرسلاً. والعمل على هذا الحديث عند أكثر أهل العلم، قالوا: تقبل شهادة رجل واحد في الصِّيام، وبه يقول ابن المبارك والشَّافعيُّ وأحمد وأهل الكوفة. قال إسحاق: لا يصام إلا بشهادة رجلين).

وكذلك حجتهم حديث عبد الله بن عمر رضي الله عنهما قال: تراءى النَّاس الهلال، فأخبرت رسول الله ﷺ أني رأيته، فصامه وأمر النَّاس بصيامه[1]

وقال العلَّامة علي القاري رحمه الله تحت هذا الحديث:

(رواه أبو داود والدَّارمي. قال ميرك نقلاً عن «التَّصحيح»: ورواه الحاكم، وقال: على شرط مسلم، ورواه البيهقي. اهـ. وصحَّحه ابن حبان، وقال النَّووي: إسناده على شرط مسلم)[2]

أما حديث عبد الرَّحمن بن زيد بن الخطَّاب وحديث الحارث بن حاطب، وهما حديثان تمسَّك بهما المالكية، فأجاب عنهما ابن قدامة رحمه الله بأن (خبرهم إنما يدل بمفهومه، وخبرنا أشهر، وهو يدلُّ بمنطوقه فيجب تقديمه)[3]

١ ـ عدالةُ المخبرِ أو الشَّاهدِ:

ثم إن الشَّافعية، والحنابلة، والمالكية يشترطون العدالة في المخبر أو الشَّاهد، فلا يُقبل خبر من كان مستور الحال؛ يقول البهوتي رحمه الله:

((لا) يُقبل فيه قول (مستور ولا مميز) لعدم الثِّقة بقوله)[4]

وأما الإمام أبو حنيفة رحمه الله فعنه في خبر المستور روايتان: إحداهما: الجواز، واختاره الطَّحاوي، والثَّانية: ظاهر الرِّواية أنه لا يقبل خبر المستور؛ قال ابن نجيم رحمه الله:

---

(١) سنن أبي داود، كتاب الصَّوم، حديث (٢٣٤٢).

(٢) مرقاة المفاتيح: ٤/ ٤٧٣.

(٣) المغني، لابن قدامة: ٣/ ٩٣.

(٤) كشاف القناع، للبهوتي: ٢/ ٣٥٤، مكتبة حكومة المملكة العربية السعودية.

(وتشترط العدالة في الكلِّ؛ لأن قول الفاسق في الدِّيانات التي يمكن تلقيها من العدول غير مقبول كالهلال ورواية الإخبار، ولو تعدد كفاسقَيْنِ فأكثر كذا في «الولوالجية»، بخلاف ما لا يتيسر تلقيه منهم، حيث يتحرَّى في خبر الفاسق كالإخبار بطهارة الماء ونجاسته، وحلِّ الطعام وحرمته، وبخلاف الهديَّة والوكالة وما لا إلزام فيه من المعاملات؛ حيث يقبل خبره بدون التَّحرِّي للزوم الضَّرورة، ولا دليل سواه؛ فوجب قَبوله مطلقاً.

وأما مجهول الحال ـ وهو المستور ـ فعن أبي حنيفة قبوله، وظاهر الرِّواية عدمه؛ لأن المراد بالعدل في ظاهر الرِّواية من ثبتت عدالته، وأن الحكم بقوله فرع ثبوتها، ولا ثبوت في المستور، وما ذكره الطَّحاوي من عدم اشتراط العدالة فمحمول على قَبولِ المستورِ الذي هو إحدى الرِّوايتين، وصحَّح البزَّازي في «فتاويه» قبول المستور، وهو خلاف ظاهر الرِّواية كما علمت. أما مع تبين الفسق فلا قائل به عندنا)[١].

ثم العدالة في أصلها ما عرَّفه ابن نجيم بقوله:

(وحقيقة العدالةِ ملكة تحمل على ملازمة التَّقوى والمروءة، والشَّرط أدناها، وهو ترك الكبائر والإصرار على الصَّغائر، وما يخلُّ بالمروءة كما عرف تحقيقه في تعريف الأصول فلزم أن يكون مسلماً عاقلاً بالغاً، وأما الحرية والبصر، وعدم الحدِّ في قذف، وعدم الولاء والعداوة؛ فمختص بالشَّهادة)[٢]

ولكن تسامح الفقهاء المتأخِّرون في هذه الشُّروط نظراً إلى تغير أحوال الناس وانتقاص الوازع الديني، بحيث رأوا أنه إذا اشتُرط المستوى

---

(١) البحر الرائق: ٢/ ٤٦٥، دار الكتب العلمية ـ بيروت.
(٢) المرجع السَّابق نفسه.

المطلوب من العدالة لأدَّى ذلك إلى إضاعة حقوق النَّاس، فاكتفوا بأن يكون المخبر أو الشَّاهد صادق اللهجة بحيث يغلب على الظَّنِّ صدقه.

قال الطَّرابلسيُّ رحمه الله:

(قال القرافيُّ في باب السِّياسة: نصَّ بعض العلماء على أنَّا إذا لم نجد في جهة إلا غير العدول أقمنا أصلحَهم وأقلَّهم فجوراً للشَّهادة عليهم، ويلزم ذلك في القضاة وغيرهم لئلَّا تضيع المصالح.

قال: وما أظنُّ أحداً يخالف في هذا، فإن التَّكليف شرط في الإمكان، وهذا كلُّه للضَّرورة لئلَّا تهدر الأموال وتضيع الحقوق[1]

قال بعضهم: وإذا كان النَّاس فُسَّاقاً إلا القليلَ النَّادر؛ قبلت شهادة بعضهم على بعضٍ، ويحكم بشهادة الأمثل فالأمثل من الفسَّاق، هذا هو الصَّواب الذي عليه العمل وإن أنكره كثيرٌ من الفقهاء بألسنتهم، كما أن العمل على صحَّة ولاية الفاسق ونفوذ أحكامه وإن أنكروه بألسنتهم، وكذلك العمل على صحَّةِ كون الفاسق وليّاً في النِّكاح ووصيّاً في المال، وهذا يؤيِّد ما نقله القرافي، وإذا غلب على الظَّنِّ صدق الفاسق قبلت شهادته وحكم بها، والله تعالى لم يأمر برد خبر الفاسق فلا يجوز ردُّه مطلقاً، بل يتثبت فيه حتى يتبيَّن صدقُه من كذبِه فيعمل على ما تبيَّن، وفسقه عليه.

واعلم أن لردِّ شهادة الفاسق مأخذين:

أحدهما: عدم الوثوق به، وأنه يحمله قلة مبالاته بدينه ونقصان وقار الله تعالى في قلبه على تعمُّد الكذب.

الثاني: هجره على إعلانه بفسقه ومجاهرته به، فقَبولُ شهادتِه فيها

---

(١) راجع: الذخيرة، للقرافي: ١٠/٤٦، دار الغرب.

إبطال لهذا الغرض المطلوب شرعاً، فإذا علم صدق لهجته وأنه من أصدق النَّاس وأن فسقه بغير الكذب، فلا وجه لردِّ شهادته.

وقد استأجر رسول الله ﷺ هادياً يدلُّه على طريق المدينة، وهو مشركٌ على دين قومه، ولكن لما وثق بقوله أمَّنه ودفع إليه راحلته، وقبل دلالته.

وقال أصبغ بن الفرج من أئمة المالكية: إذا شَهِدَ الفاسق عند الحاكم وجب عليه التَّوقف في القضيَّة، وقد يحتج له بقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِن جَآءَكُمْ فَاسِقُۢ بِنَبَإٍ﴾ الآية [الحجرات: ٦].

وقال ابن قيِّم الجوزيَّة الحنبلي: وسرُّ المسألة أن مدار قَبولِ الشَّهادة وردها على غلبة الصِّدق وعدمه، قال: والصَّواب المقطوع به أن العدالة تتبعَّض، فيكون الرَّجل عدلاً في شيء فاسقاً في شيء، فإذا تبيَّن للحاكم أنه عدل فيما شهد به قبلت شهادته ولم يضره فسقه في غيره، وأصل هذا ما وقع في «المحيط» و«القنية»: إذا كان الرَّجل يشرب سرّاً، وهو ذو مروءة، فللقاضي أن يقبل شهادته)[1]

٢ ـ إثباتُ هلالِ الفِطرِ:

أما هلال الفِطرِ، فاتَّفق العلماء على أنه يشترط فيه عدد اثنين على الأقل، إلا ما حكى ابن قدامة عن أبي ثور رحمه الله من جواز قَبولِ قولِ الواحد[2]. وهو قولٌ شاذٌّ.

ثم اختلفوا هل تقبل فيه شهادة امرأة، فقال الحنفية: تقبل شهادة امرأتين مع رجل واحد، كما في سائر الشَّهادات[3]. وقال الشَّافعيَّة والمالكيَّة والحنابلة: لا تقبل فيه شهادة النِّساء؛ لأن الأمر مما يختصُّ بالرِّجال؛ قال البَهوتيُّ رحمه الله:

---

(١) معين الحكام، الباب (٢٢) من القسم الثاني، ص١٤٥ ـ ١٤٦، المطبعة الميمنية ـ مصر.

(٢) المغني، لابن قدامة: ٣/ ٩٤.

(٣) البحر الرائق شرح كنز الدقائق: ٢/ ٤٦٥ ـ ٤٦٦.

((ولا يقبل في بقية الشُّهور) كشوال وغيره (إلا رجلان عدلان) بلفظ الشَّهادة؛ لأن ذلك مما يطَّلع عليه الرِّجال غالباً، وليس بمال ولا يقصد به المال أشبه القِصاص، وإنما ترك ذلك في رمضان احتياطاً للعبادة)[1]

ومثله في «الشَّرح الكبير» للدَّردير و«المهذب» للإسفراييني[2]

٣ ـ الإثباتُ في حالةِ الصَّحوِ

ثم إن المالكية والشَّافعية والحنابلة لا يفرِّقون في إثبات الهلال بين حالة الصَّحو وحالة العِلَّة، فما يكفي عندهم في حالة الغيمِ أو العلَّة، يكفي في حالة الصَّحوِ أيضاً، ولا يشترط الاستفاضة.

أما الحنفية فيشترط عندهم الجمع الكثير إن كانت السَّماء مصحية لا علَّة فيها.

قال المرغينانيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ في «الهداية»:

(وإذا لم تكن بالسَّماء علَّة لم تقبل الشَّهادة حتى يراه جمع كثير يقع العلم بخبرهم؛ لأن التَّفرد بالرُّؤية في مثل هذه الحالة يوهم الغلط، فيجب التَّوقُّف فيه حتى يكون جمعاً كثيراً، بخلاف ما إذا كان بالسَّماء علَّة؛ لأنه قد ينشقُّ الغيم عن موضع القمر فيتَّفق للبعض النَّظر).

وقال ابن الهُمام تحته:

(التَّفرُّد من بين الجمِّ الغفير بالرُّؤية مع توجههم طالبين لما توجه هو إليه مع فرض عدم المانع وسلامة الأبصار، وإن تفاوتت الأبصار في الحدَّة، ظاهر في غلطه، كتفرُّد ناقل زيادة من بين سائر أهل مجلس مشاركين له في السَّماع؛ فإنَّها تُردُّ وإن كان ثقة، مع أن التَّفاوت في حدَّة

(١) كشاف القناع: ٢/ ٣٥٥.
(٢) الشَّرح الكبير للدردير مع الدسوقي: ١/ ٥٠٩، ط: دار الفكر؛ والمهذب مع المجموع: ٦/ ٢٧٥ ـ ٢٧٦، ط: دار الفكر.

السَّمع واقع أيضاً كما هو في الإبصار، مع أنه لا نسبة لمشاركيه في السَّماع بمشاركيه في التَّرائي كثرة، والزِّيادة المقبولة ما علم فيه تعدُّد المجالس، أو جهل فيه الحال من الاتِّحاد والتَّعدد)[١]

وقد استدلَّ العلَّامة التَّهانوي ﷺ على ذلك بقول رسول الله ﷺ: «**الصَّوم يوم تصومون، والفطر يوم تفطرون، والأضحى يوم تضحُّون**». أخرجه التِّرمذيُّ وقال:

(غريب حسن، وفسَّر بعض أهل العلم هذا الحديث، فقال: إنما معنى هذا أن الصَّوم والفِطر مع الجماعةِ وعظم النَّاس)[٢].

وقال الشيخ التَّهانويُّ ﷺ:

(وتقريره: أنه عليه الصَّلاة والسَّلام أضاف الصَّوم والفطر والأضحية إلى الجماعة في قوله: «**تَصومون وتُفطرون وتُضحُّون**»، فلا بدَّ في أصل الحكم من الجماعة الكثيرة، أو جميع المسلمين الموجودين في بلدة مثلاً في هذه الأحكام، إلا إذا عَرَض عارِض ككون السَّماء مغيمة مثلاً، فله حكم آخر ثابت بالشَّرع)[٣]

ثم اختلفت أقوال الحنفيَّة في تحديد الجمع الكثير. قال ابن نُجيم ﷺ:

(ولم يقدر الجمع الكثير في ظاهر الرِّواية بشيء، فروي عن أبي يوسف أنه قدره بعدد القسامة خمسين رجلاً، وعن خلف بن أيوب: خمسمئة ببلخ قليل، وقيل: ينبغي أن يكون من كلِّ مسجدِ جماعةٍ واحد أو اثنان، وعن محمدٍ: أنه يفوض مقدار القلَّة والكثرة إلى رأي الإمام، كذا

---

(١) فتح القدير: ٢/ ٢٥١.
(٢) جامع التِّرمذي، أبواب الصَّوم، حديث (٦٩٧).
(٣) إعلاء السنن، للتهانوي: ٩/ ١٢٨ ـ ١٢٩.

في «البدائع»، وفي «فتح القدير»: والحق ما روي عن محمد وأبي يوسف أيضاً أن العبرة لتواتر الخبر ومجيئه من كلِّ جانب)[١]

والذي اختاره الحنفية للفتوى أنه ليس لذلك عدد محدَّد، وإنما المعتبر عدد من النَّاس من جوانب مختلفة يتيقَّن به أنهم لم يتواطؤوا على الكذب[٢]

ثم إن المالكية وغيرهم وإن لم يشترطوا الجمع الكثير في حالة الصَّحو، ولكنَّهم قالوا: إذا ثبت رمضان بقول واحد (عند الشَّافعية والحنابلة)، أو بقول اثنين (عند المالكية) ثم تمَّت ثلاثون يوماً، ولم ير الهلال أحد إلا الذين شهدوا برؤية هلال رمضان، على كون السَّماء مصحية، فلا يجوز الفِطرُ؛ قال الدَّردير رحمه الله:

((فإن) ثبت برؤيتهما و (لم يُرَ) لغيرهما (بعد ثلاثين) يوماً من رؤيتهما حال كون السَّماء (صحواً) لا غيم فيها (كُذِّبا) في شهادتهما، وأما شهادتهما بعد الثَّلاثين صحواً فكالعدم لاتِّهامهما على ترويج شهادتهما)[٣].

وبالجملة: فالمشهور المعمول به عند الحنفية أنه يجب الجمع الكثير في حالة الصَّحو، ولكن هناك رواية عن الحسن بن زياد عن أبي حنيفة رحمهما الله أنه يقبل فيه شهادة رجلين أو رجل وامرأتين؛ سواء كانت السَّماء مصحية، ومال عدَّةٌ من الفقهاء إلى اختيار هذه الرِّواية في زماننا، قال صاحب «اللُّباب» رحمه الله:

(وروى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة: أنه تقبل فيه شهادة رجلين أو رجل وامرأتين وإن لم يكن في السَّماء علَّة، قال في «البحر»: ولم أر من

---

(١) البحر الرائق: ٢/ ٤٦٩.

(٢) رسالة رؤية الهلال، للعلامة الشيخ المفتي محمد شفيع رحمه الله، ص٥٢.

(٣) الشَّرح الكبير للدردير مع الدسوقي: ١/ ٥٠٩، ط: دار الفكر.

رجَّح هذه الرِّواية، وينبغي العمل عليها في زماننا؛ لأن النَّاس تكاسلوا عن ترائي الأهلة، فكان التَّفرد غير ظاهر في الغلط)[١]

وقال ابن نجيم رَحِمَهُ ٱللَّهُ:

(وروى الحسن عن أبي حنيفة: أنه يقبل فيه شهادة رجلين أو رجل وامرأتين سواء كان بالسَّماء علَّة أو لم يكن، كما رُوي عنه في هلال رمضان، كذا في «البدائع»، ولم أرَ من رجَّحها من المشايخ، وينبغي العمل عليها في زماننا؛ لأن الناس تكاسلت عن ترائي الأهلة، فانتفى قولهم مع توجههم طالبين لما توجه هو إليه، فكان التفرد غير ظاهر في الغلط).

ثم قال أيضاً:

(وفي «الفتاوى الظَّهيرية»: وإن كانت السَّماء مصحية لا تقبل شهادة الواحد في ظاهر الرِّواية بل يشترط العدد، واختلفوا في تقديره. فظاهره: أن ظاهر الرِّواية لا يشترط الجمع العظيم، وإنما يشترط العدد، وهو يصدق على اثنين؛ فكان مرجِّحاً لرواية الحسن التي اخترناها آنفاً، ويدل على ذلك أيضاً ما في «الفتاوى الولوالجية»، وإن كانت السَّماء مصحية لا تقبل شهادة الواحد، وعن أبي حنيفة: أنه تقبل؛ لأنه اجتمع في هذه الشَّهادة ما يوجب القَبول، وهو العدالة والإسلام وما يوجب الرَّد، وهو مخالفة الظَّاهر، فرجَّح ما يوجب القَبول احتياطاً؛ لأنه إذا صام يوماً من شعبان كان خيراً من أن يفطر يوماً من رمضان، وجه ظاهر الرِّواية: أنه اجتمع ما يوجب القَبول وما يوجب الرَّدَّ، فرجَّح جانب الرَّدِّ؛ لأن الفطر في رمضان من كل وجه جائز بعذر كما في المريض والمسافر، وصوم رمضان قبل رمضان لا يجوز بعذر من الأعذار، فكان المصير إلى ما يجوز

(١) اللباب شرح مختصر القدوري: ١/ ١٦٤

بعذر أولى. ثم إذا لم تقبل شهادة الواحد واحتيج إلى زيادة العدد عن أبي حنيفة: أنه تقبل شهادة رجلين أو رجل وامرأتين، وعن أبي يوسف: أنه لا يقبل ما لم يشهد على ذلك جمع عظيم)[١]

وقال ابن عابدين رحمه الله:

(ينبغي ترجيح ما اختاره صاحب «البحر» من الاكتفاء بشاهدين ولو من المِصْر، وقد أقرَّه عليه أخوه الشَّيخ عمر في «النَّهر» وكذا تلميذه التَّمرتاشي في (المنح)، وابن حمزة النَّقيب في «نهج النَّجاة»، والشَّيخ علاء الدِّين في «الدُّر المختار»، والشَّيخ إسماعيل النَّابلسي في «الإحكام شرح درر الحكَّام» وقال: إنه حسن.

وما علَّلوا به لاشتراط الجمع العظيم، وهو أن الهمم في طلب الهلال مستقيمة، فيدلُّ على غلط من انفرد عنهم برؤيته من واحد أو اثنين أو أكثر، فغير ظاهر في زماننا أيضاً كما حكاه صاحب «البحر» عن زمانه من أن النَّاس فيه تكاسلوا عن ترائي الأهلة، بل زماننا أولى بذلك، فإنه لا يتطلَّب فيه الهلال إلا أقل القليل، ومن رآه منهم وشهد به، فقد صار هدفاً لسهام ألسنة السُّفهاء لتسببه في منعهم عن شهواتهم)[٢]

وهذا يدلُّ على أن متأخِّري الحنفية مالوا إلى عدم اشتراط الجمع الكثير في حالة الصَّحوِ مثل مذهب الجمهور إذا كان النَّاس يتكاسلون في ترائي الهلال.

٤ ـ استفاضةُ الخبرِ:

ثم ذكر المالكية والحنفية أن استفاضة الخبر حُجَّة لثبوت الهلال في

---

(١) البحر الرائق: ٢/ ٤٦٩ ـ ٤٧٠.

(٢) تنبيه الوسنان على أحكام هلال رمضان، مجموعة رسائل ابن عابدين: ١/ ٢٣٦، طبع إستانبول.

رمضان وغيره، وسواء كانت السَّماء مصحية أو غير مصحية، ولا يشترط فيه العدالة أو الحرية أو الذُّكورة. قال الدَّردير رَحِمَهُ اللهُ:

((أو) برؤية جماعة (مستفيضة) لا يمكن تواطؤهم عادة على الكذب كل واحد منهم يخبر عن نفسه أنه رأى الهلال، ولا يشترط أن يكونوا كلهم ذكوراً أحراراً عدولاً)[1].

وما ذكره الدَّردير رَحِمَهُ اللهُ يفسِّر الاستفاضة بما فُسِّر به الجمع الكثير عند الحنفية كما أسلفنا. وقد فسَّره بعضهم بما فوق الثَّلاثة، وهو تفسير الأصوليين، ولكن ردَّه الحطَّاب رَحِمَهُ اللهُ في قضية إثبات الهلال. ونصُّه ما يأتي:

(وثبوت الهلال بالاستفاضة من باب الثُّبوت بالخبر المستفيض، لا من باب الثُّبوت بالشَّهادة. . . ثم قال الأبِّيُّ: فسَّر ابن عبد الحكم الاستفاضة بأنها خبر جماعة يستحيل تواطؤهم على الكذب عادة، وإن كان فيهم عبيد ونساء. وهذا الذي فسَّرها به إنما هو في الحقيقة التَّواتر، وفسَّر الأصوليون الاستفاضة بأنها ما زاد نقلته على ثلاث، وهي بهذا التَّفسير أعمُّ مما فسَّرها به. انتهى.

قلت: وما ذكره الأبِّيُّ في تفسير الاستفاضة عن الأصوليين، قاله ابن الحاجب، ونصه: والمستفيض ما زاد نقلته على ثلاثة.

وقال ابن السُّبكي من الشَّافعية: وأقُّله اثنان، وقيل: ثلاثة، وظاهر كلام ابن عبد الحكم بل صريحه وظاهر ما تقدم عن ابن عبد السَّلام والمصنِّف: أن مرادهم بالاستفاضة هنا خلاف ما قاله الأصوليون، وأنه لا بدَّ من جماعة يحصل بهم العلم أو الظَّنُّ القريب منه، وإن لم يبلغوا عدد التَّواتر، فتأمله)[2]

---

(١) الشَّرح الكبير مع الدسوقي: ١/ ٥٠٩، دار الفكر.

(٢) مواهب الجليل في شرح مختصر الشَّيخ خليل، دار الفكر، ١٣٩٨هـ: ٢/ ٣٨٣ ـ ٣٨٤.

ولم يتعرض الشَّافعية والحنابلة للاستفاضة في إثبات الهلال، كما جاء في «الموسوعة الفقهية الكويتية»[١]، ولكن الظَّاهر أنهم يقبلونه وسيلة لإثباته؛ لأنهم يُثبتون رمضان بخبر واحد، والفِطر برجلين، فثبوته بالاستفاضة أولى.

وقد اعتبروا الاستفاضة والتَّسامع وسيلة للإثبات في كثير من الأمور، فالشَّافعية اعتبروا الاستفاضة وسيلة للإثبات في الأملاك المرسلة، وولاية قاضٍ، واستحقاق زكاة، ورضاع، وجرح وتعديل، وإعسار ورشد، وأن هذا وارث فلان أو لا وارث له غيره[٢].

والحنابلة اعتبروها في النَّسب، والموت، والملك المطلق، والنِّكاح عقداً ودواماً، والطَّلاق، والخلع، وشرط الوقف ومصرفه، والعتق والولاء والولاية والعزل، وما أشبه ذلك[٣].

غاية الأمر: أنه لا يشترط في الاستفاضة العدالة والذُّكورة والحرية، وهم يشترطونه في إثبات الفِطر، ولكن التَّواتر دليل أقوى من شهادة اثنين بداهة، فالظَّاهر أنهم لا يشترطون فيه ما يشترط في شهادة الآحاد. والله سبحانه أعلم.

ثانياً: موانعُ قَبولِ الشَّهادةِ:

ثم إن موانع قَبولِ الشَّهادة في رؤية الهلال هي نفس الموانع التي ذكرها الفقهاء في سائر الشَّهادات، ومعظم ما ذكره الفقهاء في هذا الباب يتعلَّق بعدالة الشَّاهد، وقد سبق منا تعريف العدالة وما ذهب إليه المتأخِّرون.

---

(١) الموسوعة الفقهية، مادة (الرؤية).

(٢) راجع: نهاية المحتاج، للرملي، كتاب الشهادة، فصل في بيان قدر النصاب في الشُّهود: ٢/ ٣٠١ ـ ٣٠٢، دار إحياء التراث العربي ـ بيروت.

(٣) راجع: كشاف القناع، للبهوتي، كتاب الشهادات: ٦/ ٤٠٣.

ومن موانع قَبولِ الشَّهادة: أن يكذِّبها الحسُّ، وهذا أمرٌ بديهيٌّ؛ قال ابن عابدين رحمه الله:

(وكذلك الشَّهادة التي يكذبها الحسُّ لا تقبل، كما في وقف الخيرية)[١]

وقال السُّبكي رحمه الله:

(فلو أخبرنا مخبر أنه رأى شخصاً بعيداً عنه في مسافة يوم مثلاً، وسمعه يقرُّ بحق وشهد عليه به، لم يقبل خبره ولا شهادته بذلك، ولا نرتب عليها حكماً، وإن كان ذلك ممكناً في العقل لكنه مستحيل في العادة)[٢].

ومما يكذِّبه الحسُّ في رؤية الهلال: أن يشهد الشَّاهد بأنه رأى الهلال في غير جهة المغرب مثلاً، أو ينفرد بشهادة الرُّؤية رجل ضعيف البصر، وهذا مما يترك الفصل فيه إلى القاضي.

قال السُّبكي رحمه الله:

(فالمستحيل العادي والمستحيل العقلي لا يقبل الإقرار به، ولا الشَّهادة، فكذلك المستحيل العادي، وحقٌّ على القاضي التَّيقُّظ لذلك، وأن لا يتسرَّع إلى قَبولِ الشَّاهدين، حتى يفحص عن حال ما شهدا به من الإمكان وعدمه، ومراتب الإمكان فيه، وهل بصرهما يقتضي ذلك أو لا، وهل هما ممن يشتبه عليهما أو لا؟)[٣]

---

(١) العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية: ١/ ٣٣٧، دار المعارف ـ بيروت؛ وراجع أيضاً: منتهى الإرادات، آخر كتاب القضاء: ٥/ ٣٤٥، مؤسسة الرِّسالة؛ وحاشية أسمى المطالب، الباب الثاني من كتاب الشفعة: ٥/ ٣٠٥، دار الكتب العلمية.

(٢) فتاوى السبكي: ١/ ٢٢٠، مكتبة القدس، ١٣٥٦هـ.

(٣) المرجع السَّابق نفسه.

ثالثاً: الحسابُ الفلكيُ والشَّهادةُ:

ولكن المهمَّ في هذا الباب: هل يعتبر عدم إمكان الرُّؤية حسابيّاً من موانع قَبولِ الشَّهادة؟ بمعنى أنه إذا اتَّفق المحاسبون الفلكيُّون على أنه لم يولد الهلال بعدُ، أو وُلد ولكن لم يمرَّ على ولادته وقت يمكن فيه رؤيته بالبصر، ثم اكتمل نصاب الخبر أو الشَّهادة حسب ما ذكرناه، هل تعتبر تلك الشَّهادة، أو تُردُّ على كونها يكذِّبها الحسُّ؟.

اختلف فيه الفقهاء؛ والمذكور في عامَّةِ كتب الفقه: أنه لا عبرة بقولِ المنجِّمين أو الفلكيين، وإنما المعتبر هو شهادة الرُّؤية بالبصر.

١ - إثباتُ الهلالِ بالحسابِ:

أما الاعتماد على الحساب في إثبات الهلال بصفة عامَّة، فاتَّفقت المذاهب المتبوعة على نفيه، بل صرَّحوا بأنه لا يجوز الاعتماد عليه، وذلك لقول رسول الله ﷺ: «**لا تصوموا حتى تروا الهلال، ولا تفطروا حتى تروه، فإن غُمَّ عليكم فاقدروا له**»(١)

ثم إن بعض العلماء علَّلوا نفي اعتبار الحساب بكونه حدساً وتخميناً. فحكى الزَّرقانيُّ عن النَّوويِّ رحمهما الله قوله:

(عدم البناء على حساب المنجِّمين؛ لأنه حدس وتخمين، وإنما يعتبر منه ما يعرف به القبلة والوقت)(٢)

وكذلك حكى الحافظ ابن حجر عن ابن بزيزة قوله:

(وهو (أي: اعتبار الحساب) مذهب باطل، فقد نهت الشَّريعة عن

---

(١) أخرجه البخاري في الصحيح عن ابن عمر ﵄، كتاب الصوم، باب (١١)، حديث (١٩٠٦).

(٢) شرح الموطأ، للزرقاني، كتاب الصِّيام، باب ما جاء في رؤية الهلال: ٢/ ١٥٤.

الخوض في علم النُّجوم؛ لأنها حدس وتخمين ليس فيها قطع ولا ظنٌّ غالب)[١]

وقال الإمام ابن تيمية رَحِمَهُ ٱللَّهُ:

(إن الله سبحانه لم يجعل لمطلع الهلال حساباً مستقيماً، بل لا يمكن أن يكون إلى رؤيته طريق مطّرد إلا الرُّؤية، وقد سلكوا طرقاً كما سلك الأوَّلون منهم من لم يضبطوا سيره إلا بالتَّعديل الذي يتفق الحُسَّاب على أنه غير مطَّرد، وإنما هو تقريب)[٢]

وهكذا اعترف الفلكيُّون في ذلك العصر أنه لا يمكن القطع بوجوب رؤية الهلال، أو امتناعه على أساس الحساب؛ قال أبو ريحانة البيروني الفلكي المشهور:

(إن علماء الهيئة مجمعون على أن المقادير المفروضة في أواخر أعمال رؤية الهلال، هي أبعاد لم يوقف عليها إلا بالتَّجربة. وللمناظر أحوال هندسيَّة يتفاوت لأجلها المحسوس بالبصر في العِظَم والصِّغر، وفيما إذا تأمَّلها متأمِّلٌ مُنصِف لم يستطع بتَّ الحكم على وجوب رؤية الهلال أو امتناعها)[٣]

ومقتضى هذا التَّعليل أنه لو وجد اليوم حساب مبني على آلات رصدية لم تكن متوافرة في الماضي، بحيث يفيد الحساب بها القطع أو الظَّن الغالب جاز الاعتماد عليه. ولكن لم يعلِّل كثير من العلماء عدم اعتبار الحساب بأنه حدس وتخمين، وإنما علَّلوه، بعد اعترافهم بكون الحساب

---

(١) فتح الباري، كتاب الصوم، باب قول النبي ﷺ: «**لا نكتب ولا نحسب**»: ٤/ ١٢٧، دار نشر الكتب الإسلامية.

(٢) مجموع فتاوى ابن تيمية: ٢٥/ ١٨٣.

(٣) الآثار الباقية عن القرون الخالية، ص١٩٨، طبع ليزك، ١٩٢٣م؛ كما في رسالة رؤية الهلال، للشيخ المفتي محمد شفيع رَحِمَهُ ٱللَّهُ، ص٣١ ـ ٣٢.

قطعيّاً، بأن النَّبيَّ الكريم ﷺ لم يربط الصَّوم والإفطار بخروج القمر عن شعاع الشَّمس، وإنما ربطه ﷺ بالرُّؤية الفعلية، وبهذا فرَّقوا بين اعتبار الحساب في مواقيت الصَّلاة وعدم اعتبارها في ثبوت الشَّهر.

يقول الإمام القرافيُّ رحمه الله:

(وأما الأهلَّة فقال الفقهاء رحمهم الله: حساب تسيير الكواكب على خروج الهلال من الشُّعاع من جهة علم الهيئة وإن كان قطعيّاً منضبطاً؛ بسبب أن الله تعالى أجرى عادته بأن حركات الأفلاك وانتقالات الكواكب السَّبعة السَّيارة، التي أشار إليها بعضهم بقوله:

زحل شرى مريخه من شمسه فتزاهرت لعطارد الأقمار

على نظام واحد طول الدَّهر، بتقدير العزيز العليم، قال الله تعالى: ﴿وَٱلۡقَمَرَ قَدَّرۡنَٰهُ مَنَازِلَ حَتَّىٰ عَادَ كَٱلۡعُرۡجُونِ ٱلۡقَدِيمِ﴾ [يسۤ: ٣٩].

وقال تعالى: ﴿ٱلشَّمۡسُ وَٱلۡقَمَرُ بِحُسۡبَانٍ﴾ [الرحمن: ٥] أي: هما ذو حساب فلا ينخرم ذلك أبداً كما لا ينخرم حساب الفصول الأربعة التي هي الصَّيف والشِّتاء والرَّبيع والخريف.

والعوائد إذا استمرَّت أفادت القطع، كما إذا رأينا شيخاً نجزم بأنه لم يولد كذلك بل طفلاً؛ لأجل عادة الله تعالى، وإن جوز العقل ولادته كذلك إلا أنه يعتمد في خروج الأهلَّة من الشُّعاع على حصول القطع بالحساب كما اعتمد عليه في أوقات الصلوات؛ لأنه لا غاية بعد حصول القطع؛ بسبب أن صاحب الشَّرع لم ينصب خروج الأهلَّة من الشُّعاع سبباً للصَّوم، كما نصب أوقات الصَّلوات سبباً لوجوبها نصب رؤية الهلال خارجاً من شعاع الشَّمس أو إكمال العدة ثلاثين، ولم يتعرض لخروج الهلال عن الشُّعاع، فقد قال ﷺ: «**صوموا لرؤيته وأفطروا لرؤيته**»، ولم يقل لخروجه عن شعاع الشَّمس، كما قال تعالى: ﴿أَقِمِ ٱلصَّلَوٰةَ لِدُلُوكِ ٱلشَّمۡسِ﴾ [الإسراء:

٧٨] ثم قال ﷺ: «**فإن غُمَّ عليكم**» أي: خفيت عليكم رؤيته «**فاقدروا له**» وفي رواية: «**فأكملوا العدّة ثلاثين**»)[١]

وهذا التَّعليل، وإن كان فيه مجال كلام، ولكنه هو الذي أخذ به الفقهاء السَّالفون قاطبة، إلا ما روي في بعض الأقوال التي اعتبرت شاذة؛ فمنها ما ذكر ابن رشد عن مطرِّف بن عبد الله بن الشِّخِّير من التَّابعين: أنه قال:

(يعتبر الهلال إذا غُمَّ بالنُّجوم ومنازل القمر وطريق الحساب)[٢]

وجمع الحافظ ابن حجر رحمه الله هذه الأقوال، وأنها جاءت تفسيراً لقوله ﷺ: «**فإن غُمَّ عليكم فاقدروا له**» كما تقدَّم عن صحيح البخاري. قال الحافظ رحمه الله:

(تقدَّم أن للعلماء فيه تأويلَين، وذهب آخرون إلى تأويل ثالث، قالوا: معناه: فاقدروه بحساب المنازل. قاله أبو العباس بن سريج من الشَّافعية، ومطرِّف بن عبد الله من التَّابعين، وابن قتيبة من المحدِّثين. قال ابن عبد البرِّ: لا يصحُّ عن مطرِّف، وأما ابن قتيبة فليس هو ممن يعرج عليه في مثل هذا. قال: ونقل ابن خويز منداد عن الشَّافعي مسألة ابن سريج، والمعروف عن الشَّافعي ما عليه الجمهور، ونقل ابن العربي عن ابن سريج أن قوله: «**فاقدروا له**» خطاب لمن خصَّه الله بهذا العلم، وأن قوله: «**فأكملوا العدة**» خطاب للعامَّة.

قال ابن العربي: فصار وجوب رمضان عنده مختلف الحال، يجب على قوم بحساب الشَّمس والقمر، وعلى آخرين بحساب العدد، قال: وهذا بعيد عن النبلاء.

---

(١) أنواء البروق في أنواع الفروق: ٢/ ١٧٩، دار المعرفة ـ بيروت.

(٢) مقدمات ابن رشد: ١/ ١٨٨، كما أحيل إليه في الموسوعة الفقهية الكويتية، مادة (رؤية الهلال).

وقال ابن الصَّلاح: معرفة منازل القمر هي معرفة سير الأهلَّة، وأما معرفة الحساب فأمر دقيق يختص بمعرفته الآحاد، قال: فمعرفة منازل القمر تدرك بأمر محسوس يدركه من يراقب النُّجوم، وهذا هو الذي أراده ابن سريج، وقال به في حقِّ العارف بها في خاصَّة نفسه.

ونقل الرُّوياني عنه: أنه لم يقل بوجوب ذلك عليه، وإنما قال بجوازه، وهو اختيار القفَّال وأبي الطَّيب، وأما أبو إسحاق في «المهذب» فنقل عن ابن سريج لزوم الصَّوم في هذه الصُّورة، فتعددت الآراء في هذه المسألة بالنِّسبة إلى خصوص النَّظر في الحساب والمنازل:

أحدها: الجواز ولا يجزئ عن الفرض.

ثانيها: يجوز ويجزئ.

ثالثها: يجوز للحاسب ويجزئه لا للمنجِّم.

رابعها: يجوز لهما ولغيرهما تقليد الحاسب دون المنجم.

خامسها: يجوز لهما ولغيرهما مطلقاً.

وقال ابن الصَّباغ: أما بالحساب فلا يلزمه بلا خلاف بين أصحابنا.

قلت: ونقل ابن المنذر قبله الإجماع على ذلك. فقال في «الإشراف»: صوم يوم الثَّلاثين من شعبان إذا لم ير الهلال مع الصَّحو لا يجب بإجماع الأمة، وقد صحَّ عن أكثر الصَّحابة والتَّابعين كراهته، هكذا أطلق ولم يفصل بين حاسب وغيره، فمن فرق بينهم كان محجوجاً بالإجماع قبله)(١)

هذا كلُّه في إثبات الهلال بالحساب، والظَّاهر مما ذكرنا من كلام الفقهاء في هذا الباب أن الأخذ بالحساب في إثبات الهلال مخالف لقول جماهير الفقهاء رحمهم الله، وإن كان يحتاج إلى تأمل في الموضوع نظراً

(١) فتح الباري، لابن حجر: ٤/ ١٢٢ ـ ١٢٣

إلى تطور طرقه في زماننا، ونظراً إلى قوله تعالى: ﴿يَسْـَٔلُونَكَ عَنِ ٱلْأَهِلَّةِ ۖ قُلْ هِىَ مَوَٰقِيتُ لِلنَّاسِ وَٱلْحَجِّ﴾ [البقرة: ١٨٩] حيث جعل الأهلَّة نفسها مواقيت دون رؤيتها.

وقوله تعالى: ﴿هُوَ ٱلَّذِى جَعَلَ ٱلشَّمْسَ ضِيَآءً وَٱلْقَمَرَ نُورًا وَقَدَّرَهُۥ مَنَازِلَ لِتَعْلَمُوا۟ عَدَدَ ٱلسِّنِينَ وَٱلْحِسَابَ﴾ [يونس: ٥].

وقوله تعالى: ﴿وَٱلْقَمَرَ قَدَّرْنَٰهُ مَنَازِلَ حَتَّىٰ عَادَ كَٱلْعُرْجُونِ ٱلْقَدِيمِ ﴿٣٩﴾ لَا ٱلشَّمْسُ يَنۢبَغِى لَهَآ أَن تُدْرِكَ ٱلْقَمَرَ وَلَا ٱلَّيْلُ سَابِقُ ٱلنَّهَارِ﴾ [يس: ٣٩ ـ ٤٠].

وقوله تعالى: ﴿ٱلشَّمْسُ وَٱلْقَمَرُ بِحُسْبَانٍ﴾ [الرحمن: ٥].

والله ﷻ أعلم.

٢ ـ نفي الهلال بالحساب:

أما ردُّ شهادة الرُّؤية عند عدم إمكان الرُّؤية حسابيّاً، فقد ذهب إليه جماعة من الفقهاء، وأول من قال ذلك فيما نعلم الحافظ تقيُّ الدِّين السُّبكي رحمه الله من فقهاء الشَّافعية. ولكن ردَّ عليه جمع كبير من الفقهاء؛ قال الشيخ محمد عليش رحمه الله:

(ما قولكم في شهادة عدلين برؤية الهلال، مع قول أهل الحساب: إنه لا يمكن رؤيته قطعاً، فهل يعمل بها، ويطرح كلام أهل الحساب أو لا، أفيدوا الجواب؟.

فأجبت بما نصُّه: الحمد لله، والصَّلاة والسَّلام على سيدنا محمد رسول الله، يعمل بشهادة العدلَين، ويطرح كلام أهل الحساب كما قاله العلّامة الحطَّاب، ونصُّه: لو شهد عدلان برؤية الهلال، وقال أهل الحساب: إنه لا تمكن رؤيته قطعاً، فالذي يظهر من كلام أصحابنا أنه لا يلتفت لقول أهل الحساب.

وقال السُّبكي وغيره من الشَّافعية: إنه لا تقبل الشَّهادة؛ لأن الحساب أمر قطعي، والشَّهادة ظنية، والظَّنُّ لا يعارض القطع، ونازع في ذلك بعض

الشَّافعية، والله أعلم. اهـ. وقد سُئل الرَّمليُّ الشَّافعي الكبير عن قول ابن السُّبكي المذكور، فأجاب بأنه مردود ردَّه عليه جماعة من المتأخّرين، ويؤيِّد المنازع فرق القرافي المتقدِّم)[١]

وبالغ بعض الفقهاء في الردِّ على السُّبكيِّ رَحِمَهُ اللهُ، حتى قالوا: إذا رُئي الهلال في صباح التَّاسع والعشرين، وجاءت الشَّهادة برؤيته في مساء اليوم؛ قبلت الشَّهادة، مع أنه غير ممكن من ناحية الحساب؛ قال الرَّمليُّ الكبير من الشَّافعية:

((سُئل) عن قول السُّبكي لو شهدت بينة برؤية الهلال ليلة الثلاثين من الشَّهر، وقال الحُسَّاب بعدم إمكان الرُّؤية تلك الليلة، عُمِل بقول أهل الحِسَاب؛ لأن الحِسَاب قطعيٌّ نهاراً قبل طلوع الشَّمس يوم التاسع والعشرين من الشَّهر، وشهدت بينة برؤية هلال رمضان ليلة الثلاثين من شعبان هل تقبل الشَّهادة أم لا؟ لأن الهلال إذا كان الشَّهر كاملاً يغيب ليلتين، أو ناقصاً يغيب ليلة، وغاب الهلال الليلة الثالثة قبل دخول وقت العشاء؛ لأنه ﷺ كان يصلِّي العشاء لسقوط القمر لثالثة؛ هل يعمل بالشَّهادة أم لا؟.

فأجاب: إن المعمول به في المسائل الثَّلاث ما شهدت به البينة؛ لأن الشَّهادة نزّلها الشارع منزلة اليقين. وما قاله السُّبكيُّ مردودٌ ردَّه عليه جماعة من المتأخِّرين، وليس في العمل بالبينة مخالفة لصلاته ﷺ، ووجه ما قلناه: أن الشَّارع لم يعتمد الحساب، بل ألغاه بالكليَّة بقوله: «**نحن أمة أميَّة لا نكتب ولا نحسُب، الشَّهر هكذا وهكذا**».

وقال ابن دقيق العيد: الحساب لا يجوز الاعتماد عليه في الصِّيام.

---

(١) فتح العلي الملك في الفتوى على مذهب الإمام مالك: ١/ ١٧٠ ـ ١٧١، ط: دار الباز ـ مكة المكرمة.

اهـ. والاحتمالات التي ذكرها السُّبكي بقوله: ولأن الشاهد قد يشتبه عليه... إلخ لا أثر لها شرعاً؛ لإمكان وجودها في غيرها من الشَّهادات)[١]

ونقل ابن عابدين فتوى الرَّمليِّ الكبير رحمهما الله في (رسائله) وأقرَّه[٢]

ولكن هناك جمع من المتأخِّرين أيَّدوا قول السُّبكيِّ رحمه الله، فقال القليوبيُّ من الشَّافعية:

(قال العلَّامة العبادي: إنه إذا دلَّ الحساب القطعي على عدم رؤيته، لم يُقبل قول العدول لرؤيته وتردُّ شهادتهم بها، انتهى. وهو ظاهرٌ جليٌّ ولا يجوز الصَّوم حينئذٍ، ومخالفة ذلك معاندة أو مكابرة)[٣].

وقال ابن حجر الهيثمي المكِّي رحمه الله:

(ووقع تردُّد لهؤلاء وغيرهم فيما لو دلَّ الحسابُ على كذب الشَّاهد بالرُّؤية؛ والذي يتجه منه أن الحساب إن اتفق أهله على أن مقدِّماته قطعية، وكان المخبِرون منهم بذلك عدد التواتر، رُدَّت الشَّهادة، وإلا فلا. وهذا أولى من إطلاق السُّبكيِّ إلغاء الشَّهادة إن دلَّ الحساب القطعي على استحالة الرُّؤية)[٤]

والواقع أن السُّبكيَّ رحمه الله لم يقل بردِّ الشَّهادةِ، إلا بعد أن يثبت كون الحساب قطعيّاً، وعلى هذا، فلا منافاة بين قوله وقول ابن حجر المكِّي رحمه الله.

---

(١) فتاوى الرَّملي على هامش الفتاوى الكبرى، للعلَّامة ابن حجر المكِّي: ٢/ ٥٨ ـ ٥٩، ط: المكتبة الإسلامية.

(٢) مجموعة رسائل ابن عابدين: ١/ ٢٤٨.

(٣) حاشية قليوبي وعميرة على شرح المنهاج، للمحلِّي: ٢/ ٤٨، عيسى البابي الحلبي.

(٤) تحفة المحتاج مع حواشي الشيرواني: ٣/ ٣٨٢.

والظَّاهر أن الذين ردُّوا على السُّبكي رحمه الله، إنما استندوا إلى إطلاق قول المتقدِّمين أنه لا عبرة بقول المحاسبين في الهلال، فحملوا قولهم على كلٍّ من إثبات الهلال ونفيه، مع أنهم لا يوجد منهم نص على عدم اعتباره في النفي، فإن السُّبكيَّ رحمه الله ذكر في فتاواه أن قول المتقدِّمين إنما يتعلق بإثبات الهلال، ولم يرد منهم نصٌّ على عدم اعتباره في النفي.

والحقُّ أن كلام السُّبكيِّ رحمه الله في غاية الوجاهة، فنورده هنا بنصِّه:

(قال الله سبحانه: ﴿يَسْـَٔلُونَكَ عَنِ ٱلْأَهِلَّةِ ۖ قُلْ هِىَ مَوَٰقِيتُ لِلنَّاسِ وَٱلْحَجِّ﴾ [البقرة: ١٨٩]... فكان من المهمِّ صرف بعض العناية إلى ذلك ومعرفة دخول الشَّهر شرعاً.

وقد قال رسول الله ﷺ: «**إنّا أمة أميَّة لا نكتب ولا نحسُب، الشَّهر هكذا وهكذا** ـ عقد الإبهام في الثالثة ـ **والشهر هكذا وهكذا** ـ يعني تمام ثلاثين» رواه البخاريُّ ومسلمٌ من حديث ابن عمر رضي الله عنهما.

وقد تأمَّلت هذا الحديث فوجدت معناه إلغاء ما يقوله أهل الهيئة والحساب؛ من أن الشهر عندهم عبارة عن مفارقة الهلال شعاع الشَّمس، فهو أول الشَّهر عندهم، ويبقى الشَّهر إلى أن يجتمع معها ويفارقها، فالشَّهر عندهم ما بين ذلك، وهذا باطل في الشَّرع قطعاً لا اعتبار به، فأشار النَّبيُّ ﷺ بأنَّا ـ أي: العربَ ـ أمةٌ أميَّةٌ لا نكتب ولا نحسُب، أي: ليس من شأن العرب الكتابة ولا الحساب.

فالشَّرع في الشَّهر ما بين الهلالين، ويدرك ذلك إما برؤية الهلال، وإما بكمال العدة ثلاثين، واعتباره إكمال العدَّة ثلاثين دليل على أنه لا ينتظرون به الهلال، وأن وجوده في نفس الأمر معتبر بشرط إمكان الرُّؤية، ولو لم يقل النَّبيُّ ﷺ ذلك؛ لكان إذا فارق الشُّعاع مثلاً قبل الفجر يجب صوم ذلك اليوم، فأبطل النَّبيُّ ﷺ ذلك، ولم يجعل الصَّوم إلا في اليوم القابل، وهذا محل مجمع عليه لا خلاف فيه بين العلماء.

وثَمَّ محل آخر اختلفوا فيه، يمكن أن يؤخذ من الحديث، ويمكن أن يعتذر عنه، وهو ما إذا دلَّ الحساب على أنه فارق الشُّعاع، ومضت عليه مدة يمكن أن يرى فيها عند الغروب، فقد اختلف العلماء في جواز الصَّوم بذلك، وفي وجوبه على الحاسب وعلى غيره؛ أعني في الجواز على غيره.

فمن قال بعدم الوجوب عليه وبعدم الجواز، فقد يتمسَّك بالحديث، ويعتضد بقوله ﷺ: «**إذا رأيتموه فصوموا، وإذا رأيتموه فأفطروا؛ فإن غُمَّ عليكم فاقدروا له**» وفي رواية: «**فأكملوا عدة شعبان ثلاثين**». وهذا هو الأصح عند العلماء.

ومن قال بالجواز اعتقد بأن المقصود وجود الهلال وإمكان رؤيته؛ كما في أوقات الصَّلاة إذا دلَّ الحساب عليه في يوم الغيم، وهذا القول قاله كبار.

ولكن الصَّحيح الأول لمفهوم الحديث، وليس ذلك ردّاً للحساب، فإن الحساب إنما يقتضي الإمكان، ومجرَّد الإمكان لا يجب أن يرتب عليه الحكم، وترتيب الحكم للشَّارع، وقد رتبه على الرُّؤية، ولم تخرج عنه إلا إذا كملت العدة، الفرق بينه وبين أوقات الصَّلاة أن الغلط قد يحصل هنا كثيراً بخلاف أوقات الصَّلاة يحصل القطع أو قريب منه غالباً.

وهذا الخلاف فيما إذا دلَّ الحساب على إمكان الرُّؤية ولم يُرَ؛ فأحد الوجهين: أن السَّبب إمكان الرُّؤية، والثاني: وهو الأصحُّ أن السَّبب نفس الرُّؤية أو إكمال العدة، وعلى كلا الوجهين ليس ما دل عليه الحساب محكوماً عليه بالبطلان، وقد يكون في نفسه بحيث تنتهي مقدِّماته إلى القطع، وقد لا تنتهي إلى ذلك بحسب مراتب بعده عن الشَّمس وقربه.

وههنا صورة أخرى: وهو أن يدُلَّ الحساب على عدم إمكان رؤيته، ويُدرَك ذلك بمقدمات قطعية، ويكون في غاية القرب من الشَّمس، ففي

هذه الحالة لا يمكن فرض رؤيتنا له حسّاً؛ لأنه يستحيل، فلو أخبرنا به مخبر واحد أو أكثر ممن يحتمل خبره الكذب أو الغلط، فالذي يتجه قَبول[١] هذا الخبر وحمله على الكذب أو الغلط، ولو شهد به شاهدان لم تقبل شهادتهما؛ لأن الحساب قطعيٌّ، والشَّهادة والخبر ظنيان، والظَّن لا يعارض القطع، فضلاً عن أن يقدَّم عليه.

والبينة شرطها: أن يكون ما شهدت به ممكناً حسّاً وعقلاً وشرعاً، فإذا فرض دلالة الحساب قطعاً على عدم الإمكان، استحال القَبولُ شرعاً؛ لاستحالة المشهود به، والشَّرع لا يأتي بالمستحيلات، ولم يأتِ لنا نصٌّ من الشَّرعِ أن كلَّ شاهدين تقبل شهادتهما، سواء كان المشهود به صحيحاً أو باطلاً، ولا يترتب وجوب الصَّوم وأحكام الشَّهر على مجرد الخبر أو الشَّهادة، حتى إنا نقول: العمدة قول الشَّارع: «**صوموا**» إذا أخبركم مخبر، فإنه لو ورد ذلك قبلناه على الرَّأس والعين، لكن ذلك لم يأتِ قط في الشَّرع، بل وجب علينا التبيُّن في قَبولِ الخبر حتى نعلم حقيقته أو لا

ولا شكَّ أن بعض من يشهد بالهلال قد لا يراه ويشتبه عليه، أو يرى ما يظنه هلالاً وليس بهلال، أو تُريه عينه ما لم يَرَ، أو يؤدي الشَّهادة بعد أيام ويحصل الغلط في الليلة التي رأى فيها، أو يكون جهله عظيماً يحمله على أن يعتقد في حمله النَّاس على الصِّيام أجراً، أو يكون ممن يقصد إثبات عدالته، فيتخذ ذلك وسيلة إلى أن يُزكَّى ويصير مقبولاً عند الحكام.

وكلُّ هذه الأنواع قد رأيناها وسمعناها، فيجب على الحاكم إذا جرَّب مثل ذلك، وعرف من نفسه، أو بخبر من يثق به أن دلالة الحساب على عدم إمكان الرؤية، أن لا يقبل هذه الشَّهادة، ولا يُثبت بها ولا يحكم بها،

---

(١) هكذا في النسخة المطبوعة، ولعل الصَّحيح: عدم قبول.

ويستصحب الأصل في بقاء الشَّهر، فإنه دليل شرعيٌّ محقَّق حتى يتحقق خلافه.

ولا نقول: الشَّرعُ ألغى قول الحساب مطلقاً، والفقهاء قالوا: لا يُعتمد، فإن ذلك إنما قالوه في عكس هذا، وهذه المسألة المتقدِّمة التي حكينا فيها الخلاف. أما هذه المسألة، فلا، ولم أجد في هذه نقلاً. ولا وجه فيها للاحتمال غير ما ذكرته.

ورأيت إمام الحرمين في النِّهاية لمَّا تكلم فيما إذا رُئي الهلال في موضع، ولم يُرَ في غيره، وللأصحاب فيه وجهان، هل تعتبر مسافة القصر أو المطالع؟ جزم بمسافة القصر، وذكر المطالع على وجه الاحتمال له؛ لأنه لم ينقله، ثم ردَّه بأنه مبنيٌّ على الأرصاد والتّمودارات، وفرض ذلك في دون مسافة القصر بانخفاضٍ وارتفاعٍ؛ وهذا الفرض الذي قد فرضه نادر، فإن أمكن ذلك، وحكم حاسب بعدم الإمكان في هذا الموضع، احتمل أن يقال بعدم تعلق الحكم، واحتمل أن يقال: إنما دون مسافة القصر كالبلد الواحد فيتعلق به الحكم.

ومسألتنا هذه في قطر عظيم وأقاليم دلَّ الحساب على عدم إمكان الرُّؤية فيها، فشهد اثنان أو ثلاثة على رؤيته مع احتمال قولهما بجميع ما قدمناه، فلا أرى قَبولَ هذه البيِّنة أصلاً ولا يجوز الحكم بها.

واعلم أنه ليس مرادنا بالقطع ههنا الذي يحصل بالبرهان الذي مقدِّماته كلها عقلية، فإن الحال هنا ليس كذلك، وإنما هو مبنيٌّ على أرصاد وتجارب طويلة، وتسيير منازل الشَّمس والقمر، ومعرفة حصول الضَّوء الذي فيه بحيث يتمكَّن النَّاس من رؤيته، والناس يختلفون في حِدَّة البصر، فتارةً يحصل القطع إما بإمكان الرُّؤية، وإما بعدمه، وتارةً لا يُقطع بل يُتردَّد.

والقطع بأحد الطرفين مستنده العادة، كما نقطع في بعض الأجرام

البعيدة عنا بأنا لا نراها ولا يمكن رؤيتها في العادة، وإن كان في الإمكان العقلي ذلك، ولكن يكون ذلك خارقاً للعادة، وقد يقع معجزة لنبيٍّ أو كرامة لوليٍّ، أما غيرهما فلا.

فلو أخبرنا مخبر أنه رأى شخصاً بعيداً عنه في مسافة يوم مثلاً، وسمعه يقر بحقٍّ وشهد عليه به، لم يقبل خبره ولا شهادته بذلك، ولا نرتب عليها حكماً وإن كان ذلك ممكناً في العقل، لكنه مستحيل في العادة.

فكذلك إذا شهد عندنا اثنان أو أكثر ممن يجوز كذبهما أو غلطهما برؤية الهلال، وقد دلَّ حساب تسيير منازل القمر على عدم إمكان رؤيته في ذلك الذي قالا: إنهما رأياه فيه، تُردُّ شهادتهما؛ لأن الإمكان شرط في المشهود به، وتجويز الكذب والغلط على الشَّاهدين المذكورين أولى من تجويز انخرام العادة، فالمستحيل العادي والمستحيل العقلي لا يقبل الإقرار به ولا الشَّهادة، فكذلك المستحيل العادي.

وحقٌّ على القاضي التَّيقظ لذلك، وأن لا يتسرَّع إلى قبول الشَّاهدين، حتى يفحص عن حال ما شهدا به من الإمكان وعدمه، ومراتب الإمكان فيه، وهل بصرهما يقتضي ذلك أم لا؟ وهل هما ممن يشتبه عليهما أو لا؟ فإذا تبيَّن له الإمكان، وأنهما ممَّن يجيد بصرهما رؤيته، ولا يشتبه عليهما لفطنتهما ويقظتهما، ولا غرض لهما، وهما عدلان ذلك بسبب أو لا فيتوقَّف أو يرد.

ولو كان كل ما يشهد به شاهدان يُثبته القاضي، لكان كل أحد يُدرك حقيقة القضاء، لكن لابدَّ من نظر لأجله جُعل القاضي، فإذا قال القاضي: (ثبت عندي) علمنا أنه استوفى هذه الأحوال كلها، وتكاملت شروطه عنده، فلذلك ينبغي للقاضي التَّثبُّت وعدم التَّسرُّع مظنة الغلط؛ ولهذا إن

الشاهد المتسرِّع إلى أداء الشَّهادة ترد شهادته، ومن عُرف منه التَّسرُّع في ذلك لم تُقبل شهادته فيه. . .

ولا يعتقد أن الشَّرع أبطل العمل بما يقوله الحساب مطلقاً فلم يأتِ ذلك، وكيف والحساب معمول به في الفرائض وغيرها، وقد ذكر في الحديث الكتابة والحساب، وليست الكتابة منهيّاً عنها فكذلك الحساب، وإنما المراد ضبط الحكم الشَّرعيِّ في الشَّهر بطريقين ظاهرين مكشوفين: رؤية الهلال، أو تمام ثلاثين، وأن الشَّهر تارة تسع وعشرون وتارة ثلاثون، وليست مدة زمانية مضبوطة بحساب كما يقوله أهل الهيئة.

ولا يعتقد الفقيه أن هذه المسألة هي التي قال الفقهاء في كتاب الصِّيام: إن الصَّحيح عدم العمل بالحساب؛ لأن ذلك فيما إذا دلَّ الحساب على إنكار الرُّؤية، وهذا عكسه. ولا شكَّ أن من قال هناك بجواز الصَّوم أو وجوبه، يقول هنا بالمنع بطريق الأولى، ومن قال هناك بالمنع فههنا لم يقل شيئاً، والذي اقتضاه نظرنا المنع، فالمنع هنا مقطوع به.

ولم نجد هذه المسألة منقولة، لكنا تفقهنا فيها، وهي عندنا من محال القطع مترقية عن مرتبة الظُّنون، والله أعلم)(١)

نبّه العلامة السُّبكيُّ ﷺ في هذه العبارة إلى نقطتين هامتين:

الأولى: أن ردَّ الشَّهادة عند عدم إمكان الرُّؤية لا يؤدي إلى اعتبار الحساب في موضوع ثبوت الشَّهر الذي ردَّه معظم العلماء، وحينما قال المتقدِّمون: إنه لا عبرة بالحساب في ثبوت الهلال، فإنه لا يلزم من قولهم هذا أنه لا عبرة به في شيء من الأمور المتعلِّقة بالهلال، ولم يرد منهم نصٌّ على عدم اعتباره في نفي الهلال، وكانت هذه المسألة مسكوتاً عنها

---

(١) فتاوى السُّبكي، كتاب الصِّيام: ١/ ٢١٧ ـ ٢٢١.

إلى أن تحدَّث عنها السُّبكيُّ رحمه الله، فلا ينبغي أن يُلزَم السُّبكيُّ بمخالفة الجمهور في هذا الباب.

النقطة الثانية: أما ما ذكره السُّبكيُّ لا يتجاوز من أن يكون طريقاً للتثبُّت في قَبولِ الشَّهادة برؤية الهلال، لا شكَّ أن الشَّرع أمرنا بإثبات الشَّهر بالشَّهادة، ولكنَّ الشَّرع نفسه أمرنا بالتثبُّت في قَبولِ الأخبار والشَّهادات؛ قال الله تعالى: ﴿وَإِذَا جَآءَهُمْ أَمْرٌ مِّنَ ٱلْأَمْنِ أَوِ ٱلْخَوْفِ أَذَاعُواْ بِهِۦ وَلَوْ رَدُّوهُ إِلَى ٱلرَّسُولِ وَإِلَىٰٓ أُوْلِي ٱلْأَمْرِ مِنْهُمْ لَعَلِمَهُ ٱلَّذِينَ يَسْتَنۢبِطُونَهُۥ مِنْهُمْ﴾ [النساء: ٨٣].

وقال تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِن جَآءَكُمْ فَاسِقُۢ بِنَبَإٍ فَتَبَيَّنُوٓاْ أَن تُصِيبُواْ قَوْمَۢا بِجَهَٰلَةٍ فَتُصْبِحُواْ عَلَىٰ مَا فَعَلْتُمْ نَٰدِمِينَ﴾ [الحجرات: ٦].

وقد ذكرنا فيما سبق أن الشَّهادة لا تُقبل إن كذَّبها الحسُّ، وهذا قريب من ذلك، واعترض عليه ابن القاسم في تعليقه على قول ابن حجر الذي نقلناه فيما سبق:

(يرد عليه: أن إخبار عدد التَّواتر إنما يفيد القطع؛ إذا كان الإخبار عن محسوس فيتوقف على حسيَّة تلك المقدِّمات).

لكن قال الشيرواني رحمه الله تحته:

(وقد يجاب بأن مراد الشَّارح (يعني: ابن حجر) أن إخبار عدد التَّواتر عن قطعية تلك المقدِّمات يفيد ظنّاً قويّاً قريباً من القطع، وهذا الظَّنُّ كافٍ في ردِّ الشَّاهد بخلافه)[1].

وهذا الاعتراض من ابن القاسم نقله ابن عابدين أيضاً وأقره في «رسائله»، وأضاف إليه قوله:

(يعني: أن كون تلك المقدِّمات حسِّيَّة غيرُ مسلَّم، بل هي عقلية، أي:

---

(١) حواشي الشيرواني على تحفة المحتاج: ٣/ ٣٨٢ ـ ٣٨٣.

غير مدرَكة بإِحدى الحواسِّ، والعقليُّ لا يثبت بالتَّواتر؛ لأنه مما يخطئ فيه الجمع الكثير، كخطأ الفلاسفة في قِدَم العالم، وإلا لزم ثبوت قِدَمه لاتِّفاق معظمهم عليه، وإن كانوا كفَّاراً؛ إذ ليس من شرط التَّواتر إسلام المخبرين، كما في «شرح التَّحرير» لابن أمير حاج)[(١)]

والحق أن ما ذكره ابن عابدين رَحِمَهُ اللهُ من كون مقدِّمات الحساب عقليَّة، يمكن أن يكون صحيحاً في علم الفلك البطليموسيِّ القديم، ولكن الحقائق المسلَّمة في علم الفلك الجديد ليست مبنيَّة على الاستنتاج من مقدمات عقلية، وإنما هي مبنية على استقراء طويل حصل بمشاهدة سير الكواكب، وخاصةً بالآلات الرَّصدية والمنظارات القويَّة، التي لم تُعهد ولم تُتَصوَّر من قبل، ولا يصح فيها القول بأنها مبنيَّة على المقدمات العقلية دون المشاهدات الحسِّيَّة.

وهذا كما أن مواقيت الصلوات اليوم حصل على مثل هذه الحسابات المبنيَّة على استقراء لا يُقال فيها: إنها مبنيَّة على المقدمات العقلية.

ثمَّ إن الاستقراء في الأمور الأخرى ربَّما يتأتَّى فيه احتمال أن لا يطَّرد في بعض الجزئيات التي لم يصل إليها الاستقراء. أما هذا الاستقراء، فإنه مؤيَّد بنصوص القرآن الكريم:

حيث قال الله تعالى: ﴿يَسْـَٔلُونَكَ عَنِ ٱلْأَهِلَّةِ ۖ قُلْ هِىَ مَوَٰقِيتُ لِلنَّاسِ وَٱلْحَجِّ ۗ﴾ [البقرة: ١٨٩].

وقال تَعَالَى: ﴿هُوَ ٱلَّذِى جَعَلَ ٱلشَّمْسَ ضِيَآءً وَٱلْقَمَرَ نُورًا وَقَدَّرَهُۥ مَنَازِلَ لِتَعْلَمُوا۟ عَدَدَ ٱلسِّنِينَ وَٱلْحِسَابَ ۚ﴾ [يونس: ٥].

وقال تَعَالَى: ﴿وَٱلْقَمَرَ قَدَّرْنَٰهُ مَنَازِلَ حَتَّىٰ عَادَ كَٱلْعُرْجُونِ ٱلْقَدِيمِ ﴿٣٩﴾ لَا

---

(١) رسائل ابن عابدين: ١/ ٢٤٩.

ٱلشَّمۡسُ يَنۢبَغِي لَهَآ أَن تُدۡرِكَ ٱلۡقَمَرَ وَلَا ٱلَّيۡلُ سَابِقُ ٱلنَّهَارِۚ وَكُلٞ فِي فَلَكٖ يَسۡبَحُونَ﴾ [يس: ٣٩ ـ ٤٠].

وقوله تعالى: ﴿ٱلشَّمۡسُ وَٱلۡقَمَرُ بِحُسۡبَانٖ﴾ [الرحمن: ٥].

ممَّا يدلُّ على أن سير هذه الكواكب مرتبط بحساب منضبط أحكمه الله ﷻ في هذا الكون؛ فلو عُلم ذلك الحساب بالاستقراء، فإنه لا يتخلف في حال من الأحوال.

فتبين مما ذكرنا أن الذين ردّوا قول السُّبكي رحمه الله إنما فعلوا ذلك على أساس أن الحساب الفلكي مبنيٌّ على المقدِّمات العقلية البحتة، والحقيقة أنه مبنيٌّ على الاستقراء، والمشاهدات، والتجارب الحسِّيَّة التي أصبحت كالبديهيَّات، فاستخدام هذا الحساب لأجل التثبت في الشَّهادة لا يمنع منه نصٌّ، ولا ينطبق عليه ما قاله الفقهاء المتقدِّمون من عدم اعتبار الحساب في إثبات الهلال.

ثم إن جمعاً من الفقهاء ردُّوا خبر عدل بعد قبوله، من أجل أنه وقع فيه الشكُّ بعد شهر، وذلك فيما إذا ثبت رمضان بقول رجلين مثلاً، فصام النَّاس على أساس ذلك ثلاثين يوماً، ولكن لم يُرَ الهلال في مساء اليوم الثلاثين على كون السَّماء مصحية، فذهب المالكية إلى أنه لا يجوز الفطر في اليوم القادم؛ لأنه ظهر أن خبر رجلين برؤية هلال رمضان كان كاذباً؛ لأنه لو كان صادقاً لرآه الناس في مساء الثلاثين.

وحينئذٍ لو شهد الرجلان اللذان شهدا برؤية هلال رمضان بأنهما رأيا هلال الفطر، لا تقبل شهادتهما، على كونهما عدلين؛ لتهمة أنهما يشهدان ليصدِّقهما النَّاس في رؤية هلال رمضان؛ قال الدَّردير رحمه الله:

((فإن) ثبت برؤيتهما و(لم يُرَ) لغيرهما (بعد ثلاثين) يوماً من رؤيتهما حال كون السماء (صحواً) لا غيم فيها (كُذِّبا) في شهادتهما، وأما

شهادتهما بعد الثلاثين صحواً فكالعدم لاتهامهما على ترويج شهادتهما)[١]

وفرّق الحنفية والشافعية والحنابلة بين ما ثبت رمضان برجلين وبين ما ثبت بخبر رجل واحد؛ فإن ثبت برجلين أفطروا بعد الثلاثين مطلقاً، وإن ثبت برجل واحد ففيه روايتان، إحداهما عدم الإفطار[٢]

والحاصل أن الذين ردُّوا شهادة هلال رمضان أو خبره بعد قبوله بثلاثين يوماً، لم يفعلوا ذلك إلا لأن الحسَّ كذَّبه. وظاهر: أن ردَّ الشَّهادة بعد شهر كامل فيه حرج شديد، ولو طُبِّق ذلك في ذي الحجة لفات الحجُّ على جميع الناس، والأسهل من ذلك أن تُردَّ الشَّهادة منذ البداية؛ إن جاءت في وقت لا يمكن فيه الرؤية.

ربَّما يعترض على هذا أننا إن اعتمدنا الحساب في عدم إمكانية رؤية الهلال لكونه قطعيّاً كما قال السُّبكي رحمه الله، فلماذا لا نعتمد الحساب في إثبات الهلال؟ والجواب عنه على قول الجمهور: أن الحساب يحكم بيقين أن رؤيته غير ممكنة في الوقت الفلانيِّ.

أما كونه قابلاً للرؤية في وقت مخصوص، فلا يفيد الحساب القطع بذلك؛ وذلك لأن كونه قابلاً للرؤية أمر إضافي يختلف من حال إلى حال ومن مكان إلى مكان.

وتوضيحه: أن الذي لا يختلف فيه اثنان أن القمر إذا كان في المحاق، لا يمكن رؤيته لأهل الأرض إطلاقاً، وولادة الهلال كما يسمِّيها الفلكيون حالة من حالات المحاق، بحيث لا يمكن كونه مرئيّاً لأهل الأرض في حال ولادته، وإنما هو مستور عند ذلك بالشمس، ثمَّ إذا

---

(١) الشرح الكبير مع الدسوقي: ١/ ٥١٠.

(٢) المغني، لابن قدامة: ٣/ ٩٤، وفتح القدير: ٢/ ٢٥١؛ ونهاية المحتاج: ٣/ ١٥٢ ـ ١٥٣

انفصل عن مقابلة الشمس، فإنه يظلُّ محجوباً بأشعة الشَّمس إلى فترة لا يمكن تحديدها بالضبط.

ولذلك اختلف الفلكيون في تحديدها اختلافاً شديداً، والآراء في ذلك تتراوح ما بين خمس عشرة ساعة إلى ثلاثين ساعة، وذلك لاختلاف التجارب والمشاهدات في أزمنة وأمكنة مختلفة، ولأن كونه قابلاً للرؤية يتوقف على كثير من العوامل، مثل: بُعده عن أشعة الشمس، ودرجة ارتفاعه عن الأرض، ومدة غروبه بعد غروب الشمس، ومقدار الغبار في الفضاء، وحِدَّة الإبصار، وما إلى ذلك من العوامل الأخرى، التي ذكرها البيروني في «القانون المسعودي» بتفصيل[١]، فلا يمكن التنبُّؤ بكونه مرئيّاً على الأفق في وقت معين.

ومن أجل هذه العوامل قد تختلف تنبُّؤات المراصد المختلفة في كون الهلال مرئيّاً في يوم واحد وبلد واحد، بخلاف ولادة الهلال، فإنه لا تختلف المراصد في تعيين وقته للعالم كله، ولا تختلف في عدم إمكان رؤيته عند ولادة الهلال أو قبلها أو بعدها بقليل.

وقد ذكرنا أن هناك اختلافاً شديداً بين الفلكيين في تحديد الفترة التي يمكن فيها الرؤية بعد ولادة الهلال؛ وذلك لأن أقرب ما رُئي الهلال حسب تقرير مرصد غرين وج (Greenwich) هو بعد ابتعاد القمر من الشمس بتسع درجات وثلاث دقائق، حين ذهبت الشمس تحت الأفق إلى خمس درجات، ومرَّت على ولادة الهلال (١٥,٤) ساعة، ولكن اعتبروه من الحالات النادرة، أما في الحالات العاديَّة، فقالوا: إنما يمكن رؤيته بعدما يبتعد القمر والشمس بعشر درجات وثلاثين دقيقة، فيمكن لرجل حديد البصر أن يراه بشرط الأمن من حواجز الغيم أو الغبار[٢]

---

(١) القانون المسعودي، باب في رؤية الهلال: ٢/ ٣٣٩، دار الكتب العلمية ـ بيروت.

(٢) www. Moonsighting.com/ faq. Ms. html.

وقال كثير من الفلكيين: إن الهلال يكون قابلاً للرؤية حينما يبتعد عن الشمس باثنتي عشرة درجة؛ وهو الذي اختاره أبو ريحان البيروني، فقال:

(فإن كانت أكثر من اثنتي عشرة وجبت الرؤية، وإن كانت أقل امتنعت، فإن ساوتها أمكنت؛ لأن أدنى عارض يقدح فيها)[١]

والظاهر: أن المتقدمين قدَّروه باثنتي عشرة درجة، والمتأخِّرون استطاعوا أن ينقصوه إلى عشر درجات؛ بسبب مشاهداتهم بالآلات الرَّصدية الحديثة التي هي أقوى من الآلات القديمة بكثير.

وبما أن هناك اختلافاً في تحديد هذه الفترة، وقد تنتقص أو تزيد حسب عوامل كثيرة، فيمكن أن نقطع بعدم إمكان الرؤية قبل أن يبتعد القمر عن الشمس بتسع درجات، فإنه أعجل ما رُئي فيه الهلال ولو نادراً، ولم يقل برؤية الهلال قبل ذلك أحد؛ فلو اكتملت شروط الخبر أو الشهادة لرؤيته بعد ذلك من الذين يوثق بهم، فلا مانع من قبولها.

أما إذا كانت الشهادة برؤيته قبل ذلك، فينبغي أن لا تقبل لكون الحسِّ يكذِّبها، إلا إذا وصلت الأخبار مبلغَ التواتر بحيث لا يمكن تواطؤ الجميع على الكذب، فحينئذٍ يمكن نسبة الخطأ إلى الحاسب. . والظَّاهر أن التواتر عند عدم إمكان الرؤية أمر لا يحصل أبداً، وإنما ذكرناه على سبيل احتمال عقليٍّ فقط، واشتراط التواتر في هذه الحالة مثلُ ما اشترط الحنفية من الاستفاضة، أو التواتر عند كون السماء مصحية. والله ﷻ أعلم.

وقد يُشكل على هذا أن كثيراً من البلاد الإسلامية حكمت بالرؤية حسب الخبر، أو الشهادة، مع عدم إمكان الرؤية حسابيّاً، وعملت

---

(١) القانون المسعودي: ٢/ ٣٤٠، باب في رؤية الهلال، الفصل الأول في إمكان الرؤية، طبع دار الكتب العلمية ـ بيروت.

بمقتضاها في الماضي؛ فلو أفتينا اليوم بعدم قبول ذلك الخبر، أو الشهادة، لأدَّى ذلك إلى بطلان كثير من العبادات في الماضي.

والجواب عنه: أنه لا شك أن المسألة مجتهدٌ فيها، فلو حكم العلماء والقضاة على أساس قول مجتهد فيه، لا يحكم ببطلان قضائهم إن تغيَّر اجتهادهم بعد ذلك، فهذا الاجتهاد الجديد لا يؤثر على أقضيتهم فيما سبق.

رابعاً: إثبات الرُّؤية من بلدٍ آخر وقضيَّة اختلاف المطالع:

ثم هل تعتبر الشهادة بالرؤية في بلد آخر؟ هذه المسألة تتعلق باعتبار اختلاف المطالع، أو عدم اعتباره، ولم يزل محلَّ خلاف بين الفقهاء.

والذي يظهر من تتبع كتب المذاهب المتبوعة أن المختار عند الحنفية، والمالكية، والحنابلة: عدم اعتباره؛ بمعنى: أنه إن رُئي في بلد حُكِمَ به في بلد آخر أيضاً، إن ثبت ذلك بطرق سيأتي بيانها إن شاء الله تعالى. والمشهور من مذهب الشافعية اعتبار اختلاف المطالع. ولنذكر هذه المذاهب بنصوص كتبها:

١ ـ مذهب الشَّافعية:

قال الرَّمليُّ رحمه الله في «شرح المنهاج»:

((وإذا رئي ببلد لزم حكمه البلد القريب) منه قطعاً كبغداد والكوفة؛ لأنهما كبلدة واحدة كما في حاضري المسجد الحرام (دون البعيد في الأصح) كالحجاز والعراق، والثاني: يلزم في البعيد أيضاً (والبعيد مسافة القصر) وصحَّحه المصنِّف في «شرح مسلم» لتعليق الشَّرع بها كثيراً من الأحكام (وقيل) البعيد (باختلاف المطالع. قلت: هذا أصحُّ، والله أعلم)؛ إذ أمر الهلال لا تعلُّق له بمسافة القصر، ولما روى مسلم: عن كريب قال: رأيت الهلال بالشَّام، ثم قدمت المدينة فقال ابن عباس: متى رأيتم الهلال؟ قلت: ليلة الجمعة، قال: أنت رأيته؟ قلت: نعم، ورآه النَّاس

وصاموا، وصام معاوية، فقال: لكنَّا رأيناه ليلة السَّبت فلا نزال نصوم حتى نُكمل العدَّة، فقلت: أولا نكتفي برؤية معاويةَ وصيامِه؟ قال: لا، هكذا أَمَرَنا رسولُ الله ﷺ)[1]

٢ ـ مذهبُ الحنابلة:

قال ابن قدامة رحمه الله:

(وإذا رأى الهلال أهل بلد لزم جميع البلاد الصوم. وهذا قول الليث وبعض أصحاب الشَّافعي. وقال بعضهم: إن كان بين البلدين مسافة قريبة لا تختلف المطالع لأجلها كبغداد والبصرة، لزم أهلهما الصوم برؤية الهلال في إحداهما، وإن كان بينهما بُعدٌ كالعراق والحجاز والشَّام، فلكل أهل بلد رؤيتهم... ولنا: قول الله تعالى: ﴿فَمَن شَهِدَ مِنكُمُ ٱلشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ﴾ [البقرة: ١٨٥]، وقد ثبت أن هذا اليوم من شهر رمضان بشهادة الثِّقات فوجب صومه على جميع المسلمين... ولأن البينة العادلة شهدت برؤية الهلال فيجب الصوم كما لو تقاربت البلدان)[2]

وهذا هو المذكور في كتب الحنابلة الأخرى، وإن كان هناك رأيٌ لبعض الحنابلة وَفق الشَّافعية، فظاهر المذهب المذكور في المتون والشروح عدم اعتبار اختلاف المطالع[3]

٣ ـ مذهبُ المالكيَّة:

جاء في «الشَّرح الكبير» للدَّردير:

---

(١) نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ٣/ ١٥٣ ـ ١٥٤، ط: دار إحياء التراث العربي ـ بيروت.

(٢) المغني، لابن قدامة: ٣/ ٧ ـ ٨.

(٣) راجع: الإنصاف: ٣/ ٢٧٣، ط: دار إحياء التراث العربي ـ بيروت؛ والفروع، لابن مفلح: ٣/ ١٢ ـ ٢٤ عالم الكتب؛ وكشاف القناع: ٢/ ٣٥٣، مطبعة حكومة المملكة العربية السعودية.

((وعم) الصَّوم سائر البلاد قريباً أو بعيداً ولا يراعى في ذلك مسافة قصر ولا اتِّفاق المطالع، ولا عدمها؛ فيجب الصَّوم على كل منقول إليها (إن نقل) ثبوته (بهما)، أي: بالعدلَين أو بالمستفيضة (عنهما) أي: عن العدلَين أو عن المستفيضة).

وقال الدُّسوقي تحته:

((قوله: وعمَّ الصُّوم) أي: وعمَّ وجوبه سائر البلاد القريبة والبعيدة إن نقل بهما عنهما، وأولى إن نقل بهما عن الحكم برؤية العدلَين أو الجماعة المستفيضة)[1]

٤ ـ مذهبُ الحنفيَّة:

ومذهب الحنفيَّة حسب ظاهر الرِّواية عدم اعتبار المطالع مطلقاً. قال الحصكفي في «الدُّر المختار»:

(واختلاف المطالع، (غير معتبر على) ظاهر (المذهب) وعليه أكثر المشايخ، وعليه الفتوى).

وقال ابن عابدين تحته:

(اعلم أن نفس اختلاف المطالع لا نزاع فيه.. وإنما الخلاف في اعتبار اختلاف المطالع؛ بمعنى: أنه هل يجب على كل قوم اعتبار مطلعهم، ولا يلزم أحد العمل بمطلع غيره، أم لا يعتبر اختلافها، بل يجب العمل بالأسبق رؤية.. فقيل بالأول، واعتمده الزَّيلعيُّ وصاحب «الفيض»، وهو الصَّحيح عند الشَّافعية.. وظاهر الرِّواية الثاني، وهو المعتمد عندنا، وعند المالكية، والحنابلة؛ لتعلُّق الخطاب عامّاً بمطلق الرؤية في حديث: «**صوموا لرؤيته**»)[2]

(١) الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي: ١/ ٥١٠ ـ ٥١١، ط: دار الفكر؛ ومثله في مواهب الجليل في شرح مختصر الشيخ خليل: ٢/ ٣٨٤، ط: دار الفكر.

(٢) رد المحتار: ٢/ ٣٩٣.

وبالرَّغم من ظاهر الرواية عند الحنفية، مال الزيلعيُّ والكاسانيُّ رحمهما الله إلى اعتبار اختلاف المطالع في البلاد النَّائية؛ قال الزيلعيُّ رحمه الله:

(والأشبه أن يعتبر (أي: اختلاف المطالع)؛ لأن كل قوم مخاطبون بما عندهم، وانفصال الهلال عن شعاع الشمس يختلف باختلاف الأقطار، كما أن دخول الوقت وخروجه يختلف باختلاف الأقطار)[1]

وقال الكاسانيُّ رحمه الله:

(فأما إذا كانت بعيدة فلا يلزم أحد البلدين حكم الآخر؛ لأن مطالع البلاد عند المسافة الفاحشة تختلف، فيعتبر في أهل كل بلد مطلع بلدهم دون البلد الآخر)[2]

٥ ـ مقارنة المذاهب والترجيح:

وتبين من النصوص السابقة أن مذهب الجمهور عدم اعتبار اختلاف المطالع، وقد يشكل عليه ما ذكره ابن عبد البرِّ رحمه الله من الإجماع على اعتباره في البلاد البعيدة؛ قال رحمه الله في «الاستذكار»:

(قد أجمعوا أنه لا تراعى الرؤية فيما أَخَّر من البلدان كالأندلس من خراسان، وكذلك كل بلد له رؤيته إلا ما كان كالمِصر الكبير، وما تقاربت أقطاره من بلاد المسلمين، والله أعلم)[3]

ولكن رأينا فيما سبق من نصوص المذاهب الفقهية أن حكاية الإجماع في هذه المسألة غير صحيح؛ ولذلك قال الشَّوكاني رحمه الله:

(ولا يُلتفت إلى ما قاله ابن عبد البرِّ من أن هذا القول خلاف

(١) تبيين الحقائق، للزيلعي، كتاب الصوم: ٢/ ١٦٥، دار الكتب العلمية.

(٢) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: ٢/ ٨٣، ط: سعيد، كراتشي.

(٣) الاستذكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار: ١٠/ ٣٠، مؤسسة الرسالة.

الإجماع، قال: لأنهم قد أجمعوا على أنه لا تُراعى الرؤية فيما بَعُد من البلدان كخراسان والأندلس، وذلك لأن الإجماع لا يتمُّ والمخالف مثل هؤلاء الجماعة)[١]

وقال شيخنا العلَّامة شبير أحمد العثماني في «شرح صحيح مسلم»:

(قلت: ونقل ابن رشد أيضاً الإجماع في «بداية المجتهد»، وهو مقلِّد لابن عبد البر في نقل المذاهب، والذي يظهر عندي من سياق «الفتح» وكذا من سياق ابن رشد: أنهما لم يريدا بالإجماع إجماع الأمة، بل اتِّفاق أصحاب مالك رَحِمَهُ اللَّهُ على اعتبار اختلاف المطالع في البلاد النَّائية)[٢].

أما ما استدلَّ به الشَّافعية من حديث كريب مع ابن عباس رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا، فأجاب عنه الشَّوكانيُّ بقوله:

(واعلم أن الحجَّة إنما هي في المرفوع من رواية ابن عباس لا في اجتهاده الذي فهم عنه النَّاس والمشار إليه بقوله: هكذا أَمَرَنا رسول الله ﷺ هو قوله: فلا نزال نصوم حتى نكمل ثلاثين، والأمر الكائن من رسول الله ﷺ هو ما أخرجه الشَّيخان وغيرهما بلفظ: «**لا تصوموا حتى تروا الهلال، ولا تفطروا حتى تروه، فإن غُمَّ عليكم فأكملوا العدَّة ثلاثين**» وهذا لا يختصُّ بأهل ناحية على جهة الانفراد، بل هو خطابٌ لكلِّ من يصلح له من المسلمين، فالاستدلال به على لزوم رؤية أهل بلد لغيرهم من أهل البلاد أظهر من الاستدلال به على عدم اللزوم؛ لأنه إذا رآه أهل بلد، فقد رآه المسلمون، فيلزم غيرهم ما لزمهم، والذي ينبغي اعتماده هو ما ذهب إليه المالكية وجماعة من الزيدية)[٣]

---

(١) نيل الأوطار: للشوكاني: ٤/ ٥٦٠، دار الحديث ـ القاهرة.

(٢) فتح المُلهم بشرح صحيح مسلم: ٥/ ١٩٨، دار القلم.

(٣) نيل الأوطار، للشوكاني: ٤/ ٥٦٠، دار الحديث ـ القاهرة.

وحكى شيخنا العثماني رَحِمَهُ اللَّهُ عبارة الشَّوكانيِّ وأقرَّه[١]

وقد ثبت عن النَّبيِّ الكريم ﷺ: أنه اعتبر رؤية من كان بعيداً من المدينة، فحكم بالرُّؤية في المدينة المنورة على ذلك الأساس؛ فقد روى ابن ماجه قال:

حَدَّثَنَا أَبُو بَكْرِ بْنُ أَبِي شَيْبَةَ، حَدَّثَنَا هُشَيْمٌ، عَنْ أَبِي بِشْرٍ، عَنْ أَبِي عُمَيْر بْنِ أَنَسِ بْنِ مَالِكٍ، قَالَ: حَدَّثَنِي عُمُومَتِي مِنَ الْأَنْصَارِ، مِنْ أَصْحَابِ رَسُولِ اللهِ ﷺ، قَالُوا: أُغْمِيَ عَلَيْنَا هِلَالُ شَوَّالٍ فَأَصْبَحْنَا صِيَاماً، فَجَاءَ رَكْبٌ مِنْ آخِرِ النَّهَارِ، فَشَهِدُوا عِنْدَ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهُمْ رَأَوُا الْهِلَالَ بِالْأَمْسِ، فَأَمَرَهُمْ رَسُولُ اللهِ ﷺ أَنْ يُفْطِرُوا وَأَنْ يَخْرُجُوا إِلَى عِيدِهِمْ مِنَ الْغَدِ[٢]

وأخرجه البيهقيُّ وقال:

(هذا إسناد صحيح، وبمعناه رواه شعبة عن أبي بشر جعفر بن أبي وحشية، وعمومة أبي عمير من أصحاب رسول الله ﷺ لا يكونون إلا ثقات)[٣].

والظَّاهر أن هؤلاء الرَّكب كانوا على مسافة يوم وليلة من المدينة حين رأوا الهلال، ولم يكونوا في المدينة ونواحيها، فقبل رسول الله ﷺ شهادتهم لأهل المدينة، وهذا يدل على أن الرؤية في موضع تكفي لموضع آخر.

ثمَّ إن اختلاف المطالع لا علاقة له بالقرب أو البعد دائماً؛ لأن من الممكن أن يختلف المطلع فيما بين بلدين قريبين، وأن لا يختلف بين

---

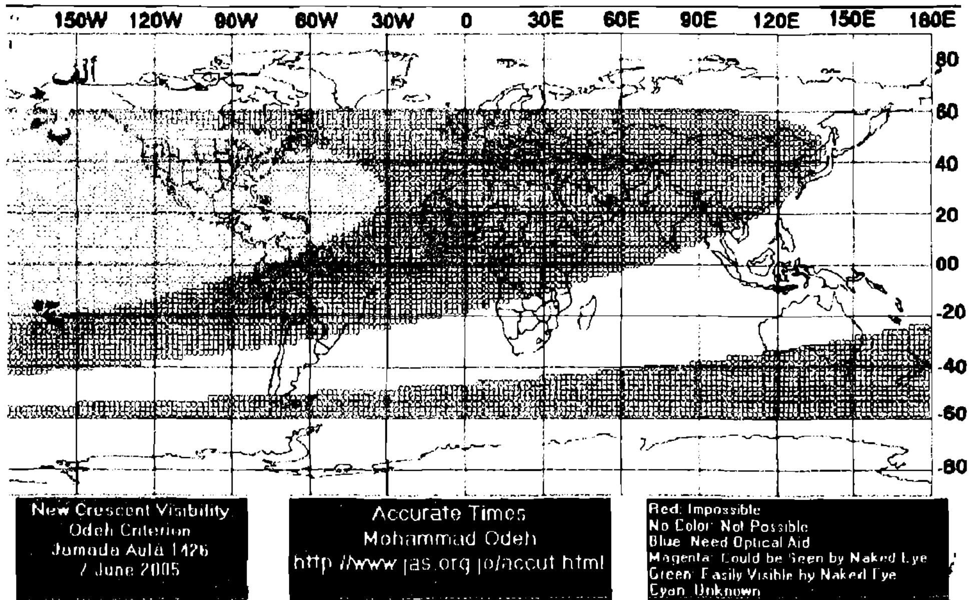
(١) فتح المُلهم بشرح صحيح مسلم: ٥/ ١٩٨، دار القلم.

(٢) سنن ابن ماجه، باب ما جاء في الشهادة على رؤية الهلال، حديث (١٦٥٣)، ط: دار السلام.

(٣) السنن الكبرى، للبيهقي، كتاب العيدين، باب الشهود يشهدون على رؤية الهلال: ٣/ ٣١٦.

بلدين بعيدين؛ وذلك لأن الهلال حينما يطلع فإنه يحدث قوساً على كرة الأرض، بحيث يستطيع أن يراه كل من كان داخل ذلك القوس، ومن كان خارج ذلك القوس لا يستطيع أن يراه؛ فقد يكون بلد في طرف من القوس داخله، فمطلعه مختلف مع من كان خارج ذلك الطرف من القوس، وإن كانت المسافة بينهما قليلة؛ ومطلعه متَّحد مع من كان داخل القوس في طرف آخر، وإن كانت المسافة بينهما بقدر الآلاف من الأميال.

وإليكم صورة من هذا القوس مأخوذة من عمل بعض الفلكيين في شهر جمادى الأولى (١٤٢٦هـ).



إن القوس الأزرق في هذه الصورة يمثل المناطق التي يمكن فيها رؤية الهلال بمعونة المنظارات، والقوس الأحمر يمثل المناطق التي يمكن فيها الرؤية بالعين المجرَّدة إمكاناً ضئيلاً، والقوس الأخضر يمثل المناطق التي يمكن رؤية الهلال فيها بالعين المجردة بسهولة، والمناطق الأخرى البيضاء

في هذه الصورة لا يمكن فيها الرؤية، كما أن الخطَّ البُنِّيَّ في أسفل الصورة يمثل المناطق التي تستحيل فيها الرؤية.

فإذا رأينا نقطة **(ألف)** في يسار المنطقة البيضاء من فوق، وقارنّاها بنقطة (ب) في يسار القوس الأخضر، فإن مطلعهما مختلف من حيث إن الهلال مرئيٌّ في نقطة (ب) وليس مرئيّاً في نقطة **(ألف)**، مع أن النقطتين بينهما مسافة قليلة، بخلاف نقطة (ج) في أسفل القوس الأخضر، فإنها بعيدة عن نقطة **(ب)** بُعداً فاحشاً، ولكن مطلعهما متَّحد بحيث إن الهلال مرئيٌّ في كلا الموضِعين بسهولة.

وهذا القوس يتغيَّر كلَّ شهر، فمن كان مطلعه متَّحداً في شهر، قد يختلف مطلعه في شهر آخر؛ فلا يمكن أن يقال في موضعين من الأرض إن مطلعهما متَّحد أو مختلف دائماً. وعلى هذا، فاعتبار اختلاف المطالع يحتاج إلى حساب دقيق جدّاً كل شهر، وبناء الأحكام على ذلك من الصُّعوبة بمكان.

فالذي يظهر ممَّا سبق أن مذهب الجمهور في عدم اعتبار اختلاف المطالع هو الأقوى دليلاً؛ فلو أخذنا بهذا المذهب، فرؤية الهلال في بلد يمكن إثباته في بلد آخر بطرق أربعة:

الأول: أن يسافر الشَّاهدان إلى بلد آخر فيشهدان برؤيتهما في الفطر، وهذا مُتَصَوَّر اليوم لسرعة المراكب.

والثاني: الشَّهادة على الشَّهادة، فيجب أن يكون يشهد بشهادة كل شخص شاهدان.

والثالث: الاستفاضة، وهو أن يستفيض الخبر بأن الهلال رُئي في البلد الفلاني، وهذا لا يحتاج إلى الشَّهادة وشروطها.

والرابع: الشَّهادة على القضاء، وهو أن يشهد شاهدان على أن قاضي

البلد الفلاني قضى برؤية الهلال. وهذا عند الحنفية، كما في «رَد المحتار»[١]

والرَّاجح عند المالكية أنه لا يجب لثبوت قضاء بلد آخر أن يكتمل نصاب الشَّهادة، بل يجوز أن يُقبل فيه خبر الواحد؛ قال الشَّيخ محمد عليش رحمه الله:

(وأما نقل الحكم بثبوت الهلال، فيعمُّ ولو كان الناقل واحداً على الرَّاجح)[٢]

قال الدَّردير رحمه الله:

((وعمَّ) الصَّوم سائر البلاد قريباً أو بعيداً، ولا يراعى في ذلك مسافة قصر ولا اتِّفاق المطالع ولا عدمها، فيجب الصوم على كل منقول إليه (إن نقل) ثبوته (بهما) أي: بالعدلَين أو بالمستفيضة (عنهما) أي: عن العدلَين، أو عن المستفيضة.

فالصُّور أربع: استفاضة عن مثلها، أو عن عدلَين، وعدلان عن مثلهما، أو عن استفاضة، ولابدَّ في شهادة النَّقل عن الشَّاهدين أن ينقل عن كل واحد اثنان، فيكفي نقل اثنين عن واحد، ثم عن الآخر، ولا يكفي نقل واحد عن واحد... وأما النَّقل عن الحكم بثبوت الهلال برؤية العدلَين، فإنه يعمُّ ولو نقل الثبوت عند الحاكم واحد على الرَّاجح)[٣].

وعلى هذا الأساس يمكن أن تتَّحد بدايات الشُّهور في العالم كلِّه، ولكن قال شيخنا العلَّامة شبير أحمد العثماني رحمه الله:

(فاختلاف المطالع وإن كان أمراً واقعيّاً، إلا أن الشَّارع لم يعتبره كما

---

(١) رد المحتار، كتاب الصيام: ٢/ ٣٩٠.

(٢) منح الجليل: ٢/ ٣٨٦ ـ ٣٨٧.

(٣) الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي: ١/ ٥١٠ ـ ٥١١، ط: دار الفكر.

لم يعتبر محاسبات المنجِّمين؛ لقوله عليه الصَّلاة والسَّلام: «**إنا أمة أُميَّة لا نكتب ولا نحسُب**» ولم يعتبر جهة القبلة الواقعيَّة عند التَّحري، فأدار حكم الصوم والفطر على الرؤية والشهادة بها، كما مرَّ من حديث النَّسائي: «**وإن شهد شاهدان فصوموا وأفطروا، أو إكمال العدة**» ودفع كل ما يختلج في الصدور من الوساوس الناشئة من عدم اعتبار اختلاف المطالع بقوله: «**الصوم يوم تصومون، والفطر يوم تفطرون، والأضحى يوم تضحون**» نعم! ينبغي أن يعتبر اختلافها إن لزم منه التفاوت بين البلدتين بأكثر من يوم واحد؛ لأن النُّصوص مصرِّحة بكون الشَّهر تسعةً وعشرين أو ثلاثين، فلا تقبل الشَّهادة ولا يعمل بها فيما دون أقل العدد ولا في أزيد من أكثره، والله ﷻ أعلم)[١]

وحاصل ما اقترحه الشَّيخ رحمه الله: أن لا يعتبر اختلاف المطالع في عامة الأحوال، ولكن ينبغي أن يعتبر إن أدَّى ذلك في بلد من البلاد إلى نقصان الشَّهر من تسعة وعشرين، أو زيادته إلى واحد وثلاثين؛ لأنه خلاف المنصوص، وهذا أمر معقول، إلا أن يمكن أن يُعدَّى حكم الرؤية في هذا الشهر إلى الشَّهر السَّابق. والله ﷻ أعلم.



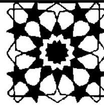
(١) فتح الملهم بشرح صحيح مسلم: ٥/١٩٨ دار القلم.

(٢٣)

الصُّكوكُ وتطبيقاتُها المعاصِرة

قدمت هذه الدراسة إلى المجلس الشرعي لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية في شهر أغسطس سنة (٢٠٠٧م).

* * *



٢٣

الصُّكوك وتطبيقاتُها المعاصِرة

- **مقدمة:**

الحمد لله ربِّ العالمين، والصَّلاة والسَّلام على سيدنا ونبينا محمد أشرف المرسلين، وعلى آله وأصحابه أجمعين، وعلى كلٍّ من تبعهم بإحسان إلى يوم الدِّين.

أما بعد: فإنه قد شاعت في الأسواق الماليّة صكوك استثمارية بمبالغ باهظة، وعمّت المساهمة فيها في كثير من المصارف اللَّاربوية، وإنَّ هذه الدراسة أعددتُها تدليلاً على بعض التصريحات التي صدرت منِّي خلال حوار مع شركة أنباء (رائتر)، ونشرت في الصحف العالميّة على نطاق واسع، وأحدثت ضجَّة في سوق الأوراق المالية، فقدّمت هذه الدراسة إلى المجلس الشَّرعي لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية، في شهر أغسطس سنة (٢٠٠٧م)، لينظر في مدى موافقة هذه الصُّكوك للأحكام الشَّرعيّة، وأصدر المجلس بعد ذلك بياناً في اجتماعه التَّاسع عشر المنعقد بمكة المكرمة، بتاريخ (٢٦ شعبان سنة ١٤٢٨هـ، الموافق لتاريخ ٨ سبتمبر ٢٠٠٧م)، أكَّد فيه المبادئ الشَّرعية التي يجب الالتزام بها عند إصدار الصُّكوك موافقاً لهذه الدِّراسة.

أولاً: أهمية إصدار الصكوك الإسلامية:

إن إصدار الصُّكوك المبنيَّة على أحكام الشَّريعة الإسلامية الغرَّاء، كان من أهم أهداف العمل المصرفي الإسلامي، ومن أعظم الوسائل المرموقة

لتنمية الاقتصاد الإسلامي في المجتمع، بشرط أن تُراعى في آلياتها جميع المبادئ الأساسية التي تُميِّز الاقتصاد الإسلامي من غيره.

وإن النِّظام الرِّبوي السائد في العالم اليوم متعوِّد بإصدار السندات القائمة على أساس الفائدة الرِّبوية للمشاريع الكبيرة التي تقتضي أموالاً جمَّة، وتُدِرُّ ربحاً أو دخلاً كبيراً، ولكن حاملي السندات لا يتجاوزون من أن يكونوا مقرضين لأصحاب هذه المشاريع على أساس الفائدة، ولا دخل لهم في ملكيَّة أصول المشروع، ولا في الربح، أو الدخل الذي ينتج من هذه المشاريع، وإنما يستحقُّون الفائدة على قروضهم، بنسبة متوافقة مع سعر الفائدة في السوق، أما ربح المشاريع بعد التَّكاليف، ومنها الفائدة المدفوعة، فكله يرجع إلى أصحاب المشاريع.

وكانت الفكرة الأساسيَّة من وراء إصدار الصُّكوك الإسلامية: أن يشارك حملة الصُّكوك في ربح المشاريع الكبيرة، أو الدخل الناتج منها، ولو أصدرت الصُّكوك على هذا الأساس لأدت دوراً كبيراً في تنمية العمل المصرفي الإسلامي، وساهمت مساهمة كبيرة في الوصول إلى المقاصد النبيلة التي تهدف إليها الشَّريعة الغرَّاء، وكان فيها من المنافع ما يأتي:

١ ـ إنها من أفضل الصيغ لتمويل المشاريع الكبيرة التي لا تطيقها جهة واحدة.

٢ ـ إنها تقدم قناة جيدة للمستثمرين، الذين يريدون استثمار فائض أموالهم، ويرغبون في الوقت نفسه أن يستردُّوا أموالهم بسهولة عندما يحتاجون إليها؛ لأن المفروض في هذه الصكوك أن تكون لها سوق ثانوية تباع فيها الصكوك وتُشترى؛ فكلما احتاج المستثمر إلى أمواله المستثمرة أو إلى جزء منها، جازَ له أن يبيع ما يملكه من صكوك أو بعضاً منها، ويحصل على ثمنها الذي يمثل الأصل والربح جميعاً، إن كان المشروع كسب ربحاً.

٣ ـ إنها تقدم أسلوباً جيِّداً لإدارة السُّيولة تستطيع به المصارف والمؤسسات المالية الإسلامية أن تدير به سيولتها؛ فإن كان لديها فائض من السُّيولة اشترت هذه الصُّكوك، وإن احتاجت إلى السُّيولة باعتها في السُّوق الثانوية.

٤ ـ إنها وسيلة للتَّوزيع العادل للثروة، فإنها تمكِّن جميع المستثمرين من الانتفاع بالرِّبح الحقيقي الناتج من المشروع بنسبة عادلة، وبهذا تنتشر الثروة على نطاق واسع، ودون أن تكون دُولةً بين الأغنياء المعدودين، وذلك من أعظم الأهداف التي يسعى إليها الاقتصاد الإسلامي.

ثانياً: موازنة بين السندات الربوية والصكوك الإسلامية:

وقد انتشرت اليوم في السُّوق صكوك كثيرة يُدَّعى أنها صكوك إسلامية، ونريد في هذه الدِّراسة الموجزة المتواضعة أن نطلع على آلياتها، ومدى موافقتها لأحكام الشريعة الإسلامية، ومبادئها، ومقاصدها المذكورة.

إن الذين أصدروا هذه الصُّكوك حاولوا بكل ما في وسعهم أن تكون هذه الصُّكوك منافِسةً للسندات الربوية الرائجة في السوق، وأن تحمل معظم خصائصها، ليسهل ترويجها في السوق الإسلامية والتقليدية في آن واحد. وإن أبرز خصائص السَّندات الربوية تتلخص في النقاط الآتية:

١ ـ إنها لا تمثل ملكية حاملي السندات في المشروع التِّجاري أو الصِّناعي الذي أُصدرت السَّندات من أجله، وإنما توثق القرض الرِّبوي الذي دفعه حاملوا السندات إلى مُصدِّرها صاحب المشروع.

٢ ـ إنها توزع الفائدة على حاملي السندات بصفة دورية، وهذه الفائدة تقدر بنسبة من رأس المال، لا بنسبة من الرِّبح الفعلي، وقد تكون النِّسبة معيَّنة، وكثيراً ما تكون متغيرة في سندات طويلة الأجل.

٣ ـ إنها تضمن استرداد رأس المال عند إطفاء السَّندات في نهاية

مدَّتها، سواء ربح المشروع فعلاً، أو لم يربح، وإن مصدِّر السَّندات لا يجب عليه إلا ردُّ رأس المال مع الفائدة المتفق عليها؛ وما حصل عليه المشروع من الربح فوق ذلك، فكلُّه له، ولا يستحق حاملو السَّندات أن يطالبوا حصَّة من الربح الزائد على سعر الفائدة.

وإن هذه الخصائص لا يمكن أن توجد في الصكوك الإسلامية بصفة مباشرة، ولكن مُصدِّري الصُّكوك الإسلامية اليوم حاولوا أن تتَّسم صُكوكهم بمعظم هذه الخصائص بطريقة غير مباشرة، وأوجدوا من أجل ذلك آليات مختلفة، ولندرس هذه الآليات في ضوء هذه النِّقاط الثلاثة:

١ ـ مُلكيَّة حاملي السَّندات في أصول المشروع:

أما النُّقطة الأولى، وهي ملكية حاملي السَّندات في أصول المشروع، فإن معظم الصُّكوك تختلف فيها من السَّندات الرِّبوية اختلافاً واضحاً، فإن الصُّكوك في عامة الأحوال تمثل حصَّة شائعة في أصول تُدِرُّ ربحاً أو دخلاً، مثل: الأعيان المؤجرة، أو مشروع تجاري أو صناعي، أو وعاء استثماري يحتوي على عدة من المشاريع؛ وهذه هي النقطة الوحيدة التي تميزها عن السندات الرِّبوية، غير أنه ظهرت في الآونة الأخيرة بعض الصُّكوك التي يُشكّ في كونها ممثلة للملكية؛ فمثلاً: قد تكون الأصول الممثّلة بالصُّكوك أسهم الشَّركات دون ملكيتها الحقيقية، وإنما تخوِّل حمَلَة الصُّكوك حقّاً في عوائدها، وليس هذا إلا شراء عوائد الأسهم، وهو لا يجوز شرعاً.

وكذلك انتشرت بعض الصُّكوك على أساس خلطة من عمليات الإجارة والاستصناع والمرابحة التي دخل فيها بنك من البنوك، فتباع هذه الخلطة إلى حمَلَة الصُّكوك، ليحصلوا على عوائد هذه العمليات، وإدخال عمليات المرابحة في هذه الخلطة لا يخلو من شبهة بيع الدَّين، وإن كانت

نسبتها قليلة بالنسبة إلى عمليات الإجارة، والمشاركة، والاستصناع، ويحتاج إلى إعادة النظر في الموضوع.

٢ - التَّوزيع الدَّوري على حملة الصُّكوك:

وأما النقطة الثانية، فإن معظم الصكوك المصدرة قد اكتسبت فيها خصيصة السَّندات الرِّبوية سواء بسواء من حيث إنها توزِّع أرباح المشروع بنسبة معينة مؤسسة على سعر الفائدة (اللائبور)، ومن أجل تبرير ذلك وضعوا بنداً في العقد يصرح بأنه إذا كان الربح الفعلي الناتج من الاستثمار زائداً على تلك النِّسبة المبنيَّة على سعر الفائدة، فإن المبلغ الزائد كلَّه يدفع إلى مدير العمليات (سواء أكان مضارباً، أم شريكاً، أم وكيل الاستثمار) على كونه حافزاً له على حسن الإدارة، حتى إني رأيتُ في هيكلة بعض الصُّكوك أنها لا تصرِّح بكون الزائد مستحقّاً للمدير كحافز، بل تكتفي بقولها: إن حَمَلَة الصُّكوك يستحقون نسبة معينة مؤسسة على أساس سعر الفائدة في التَّوزيع الدوري (فكأن كون الزائد حافزاً ثبت تقديراً أو اقتضاءً).

أما إذا كان الربح الفعلي ناقصاً من النِّسبة المذكورة المبنيَّة على سعر الفائدة، فإن مدير العمليات يلتزم بدفع الفرق (بَيْنَ الربح الفعلي وبَيْنَ تلك النِّسبة) إلى حملة الصُّكوك على أساس قرض دون فائدة يُقدَّم إلى حَمَلَة الصُّكوك، وإن هذا القرض يستردُّه المدير المقرِض؛ إما من المبالغ الزائدة على سعر الفائدة في فترات لاحقة، وإما من تخفيض ثمن شراء الموجودات عند إطفاء الصُّكوك، كما سيأتي تفصيله في النقطة الثالثة إن شاء الله تعالى.

٣ - ضمانُ استردادِ رأسِ المال:

أما النقطة الثالثة، فإن جميع الصُّكوك المصدَّرة اليوم تضمن ردَّ رأس المال إلى حمَلَة الصُّكوك عند إطفائها، مثل: السَّندات الرِّبوية سواء

بسواء، وذلك بوعد ملزم؛ إما من مُصدِّر الصُّكوك أو من مديرها أنه سيشتري الأصول التي تمثِّلها الصُّكوك بقيمتها الاسمية التي اشتراها بها حمَلَة الصُّكوك في بداية العملية، بقطع النظر عن قيمتها الحقيقية أو السُّوقية في ذلك اليوم.

ثالثاً: دراسة الآلية المركبة للصكوك:

وبهذه الآلية المركَّبة استطاعت الصُّكوك أن تحمل خصائص السّندات الرِّبوية من حيث إنها لا تعطي حمَلَة الصُّكوك إلا نسبة معيَّنة من رأس المال مبنيَّة على سعر الفائدة، وفي الوقت نفسه إنها تضمن لحمَلَة الصُّكوك استرداد رأس مالهم في نهاية العملية. ولنتكلم على هذه الآلية أولاً من النَّاحية الفقهية، وثانياً من ناحية سياسة الاقتصاد الإسلاميِّ.

١ ـ من الناحية الفقهية:

أما من النَّاحية الفقهية، فهناك ثلاث مسائل:

الأولى: اشتراط المبلغ الزائد على سعر الفائدة لمدير العملية، بحجة أنها حافز له على حسن الإدارة.

الثانية: التزام المدير بأنه إن انتُقص الربحُ الفعليُّ من النسبة المعيَّنة على أساس سعر الفائدة في فترة من فترات التوزيع، فإنه يدفع قرضاً إلى حمَلَة الصُّكوك بمقدار النقصان، وإن هذا القرض يردُّ إليه إما من الربح الفعليِّ الزائد على تلك النسبة في فترات لاحقة، أو من ثمن شرائه للأصول في نهاية العملية.

الثالثة: الوعد الملزِم من قبل المدير أنه سيشتري الموجودات الممثّلة بالصُّكوك بقيمتها الاسمية يوم إصدار الصُّكوك، وليس بقيمتها السُّوقية يوم الشِّراء.

أ ـ اشتراطُ الحافزِ لمديرِ العمليَّة:

أما اشتراط الحافز لمدير العملية، فمستنده ما ذكره بعض الفقهاء، من

جواز مثل ذلك في الوكالة والسمسرة، وذكره الإمام البخاريُّ رحمه الله تعليقاً عن ابن عباس وابن سيرين رضي الله عنهما. قال البخاريُّ:

(قال ابن عباس: لا بأس أن يقول: بع هذا الثوب، فما زاد على كذا وكذا فهو لك. وقال ابن سيرين: إذا قال: بعه بكذا، فما كان من ربحٍ فهو لك، أو بيني وبينك فلا بأس به)[١]

وبهذا أخذ الحنابلة؛ جاء في «الكافي» لابن قدامة:

(وإن قال: بع هذا بعشرة، فما زاد فهو لك، صحَّ وله الزيادة؛ لأن ابن عباس كان لا يرى بذلك بأساً)[٢]

وإنَّ هذا المذهب مرويٌّ عن ابن عباس رضي الله عنهما، وعن ابن سيرين، وشريح، وعامر الشعبي، والزهري، والحكم عند ابن أبي شيبة في «مصنَّفه»، وعن قتادة وأيوب أيضاً عند عبد الرزاق. وكرهه إبراهيم النخعي، وحمَّاد، كما روى عنهما عبد الرزاق، وكذلك الحسن البصري وطاوس بن كيسان، كما روى عنهم ابن أبي شيبة[٣]. وهو مذهب الجمهور غير الحنابلة. قال الحافظ ابن حجر رحمه الله تحت أثر ابن عباس الذي علَّقه البخاريُّ:

(وهذه أجرة سمسرة أيضاً، لكنها مجهولة، ولذلك لم يجزه الجمهور، وقالوا: إن باع له على ذلك فله أجر مثله، وحمل بعضهم إجازة ابن عباس على أنه أجراه مجرى المقارِض، وبذلك أجاب أحمد، وإسحاق. ونقل ابن التِّين أن بعضهم شرط في جوازه أن يعلم النَّاس في ذلك الوقت أن

---

(١) صحيح البخاري، كتاب الإجارات، باب أجر السمسرة.

(٢) الكافي، لابن قدامة، كتاب الوكالة: ٢/ ٢٥٣.

(٣) راجع: مصنف أبن أبي شيبة، كتاب البيوع والأقضية، باب (٤٦): ٦/ ١٠٧ ـ ١٠٨، من طبع إدارة القرآن، كراتشي؛ ومصنف عبد الرزاق: ٨/ ٢٣٤، رقم الحديث (١٥١٨ ـ ١٥٢٢).

ثمن السلعة يساوي أكثر مما سمَّى له، وتعقَّبه بأن الجهل بمقدار الأجرة باقٍ)[١]

وقال البدري العينيُّ رحمه الله:

(وأما قول ابن عباس وابن سيرين فأكثر العلماء لا يجيزون هذا البيع، وممن كرهه الثوري والكوفيون. وقال الشافعي ومالك: لا يجوز، فإن باع فله أجر مثله. وأجازه أحمد وإسحاق، وقالا: هو من باب القراض، وقد لا يربح المقارض)[٢]

وهذا كله في أجرة السِّمسار، إذا لم تُعيَّن غير الزيادة على ما سمَّاه الأصيل من ثمن البيع. أما إذا سُمِّيت أجرته بمبلغ مقطوع، ثم قيل له: إن بعتَ بأكثر من كذا فالزَّائد كله لك علاوة على أجرك المقطوع، فالظَّاهر أنه لا يمنعه الجمهور أيضاً؛ لأن جهالة الأجرة ارتفعت بتحديد أجر مقطوع، وإن باعه بأكثر من حدٍّ معين، فالزائد له على كونه حافزاً على حسن عمله.

وعلى هذا الأساس جاء في معيار المضاربة الصَّادر من المجلس الشَّرعي:

(إذا شرط أحد الطرفين لنفسه مبلغاً مقطوعاً، فسدت المضاربة، ولا يشمل هذا المنع ما إذا اتَّفق الطَّرفان على أنه إذا زادت الأرباح عن نسبة معينة فإن أحد طرفي المضاربة يختص بالرِّبح الزَّائد عن تلك النِّسبة أو دونها، فتوزيع الأرباح على ما اتَّفقا عليه)[٣].

وإنَّ مدير العملية في الصُّكوك يدير العمليات إما بصفته أجيراً أو وكيلاً للاستثمار، فيشبه السِّمسار، وإما بصفته مضارباً أو شريكاً عاملاً، فيغطيه

---

(١) فتح الباري، كتاب الإجارات، باب أجر السمسرة: ٤/ ٤٥١.

(٢) عمدة القارئ، الكتاب والباب المذكور أعلاه: ١٢/ ١٣٣.

(٣) المعيار الشرعي، رقم (١٣)، بند (٨/ ٥).

ما جاء في معيار المضاربة. وإن استحقاق المدير المبلغ الزائد على نسبة معينة قد سُمِّيَ حافزاً على حسن إدارته للأصول، وإن هذا الحافز إنما يُعقل كونه حافزاً إن كان مرتبطاً بما زاد على أدنى الربح المتوقع من خلال العمليات التِّجارية أو الصناعية التي أصدرت من أجلها الصُّكوك، فمثلاً: إن كان أدنى الربح المتوقَّع من هذه العمليات (١٥٪)، فيمكن أن يقال: إن ما زاد على هذه النسبة من الربح الفعليِّ، فإنه يُعطى للمدير كحافز؛ لأن هذا المقدار الزَّائد يمكن إضافته إلى حُسن إدارته بوجه معقول.

ولكن النِّسبة المعيَّنة في هذه الصكوك ليست مرتبطة بالربحية المتوقَّعة من العمليات، وإنما هي مرتبطة بتكاليف التَّمويل أو سعر الفائدة التي يتغيَّر كل يوم، بل كل ساعة، ولا علاقة له بربحية المشروع التِّجاري أو الصِّناعي، فكثيراً ما تنقص نسبته من نسبة الربحية المتوقَّعة من المشروع.

فإن كانت نسبة الربح المتوقَّع (١٥٪) في المثال السابق، فإنه من الممكن جدّاً أن يكون سعر الفائدة (٥٪)، والربح الفعلي نزل إلى (١٠٪) لسوء الإدارة من المدير، فكيف يمكن أن يقال: إن ما زاد على (٥٪) يُعطى للمدير لحُسن إدارته، بالرَّغم من أنه أساء في الإدارة حتى نزل الربح إلى (١٠٪) من الربح المتوقَّع، وهو (١٥٪)؟ فظهر بهذا أن ما يُسمَّى حافزاً في هذه الصُّكوك ليس حافزاً في الحقيقة، وإنما هو طريق لتمشية هذه الصُّكوك على أساس سعر الفائدة! وإن هذه الجهة لا تخلو من الكراهة على الأقل وإن لم نقل بحرمتها. هذا من النَّاحية الفقهية البحتة.

أما من ناحية سياسة الاقتصاد الإسلاميِّ، فإن مثل هذه (الحوافز) التي لا تخلو منها الصُّكوك اليوم قد أهملت المقاصد الاقتصادية النبيلة للشركة أو المضاربة من توزيع الثروة فيما بين المستثمرين على أساسٍ عادل، فإن الصُّكوك المؤسَّسة على (الحوافز) جعلت الربح الموزع على المستثمرين

مقتصراً على سعر الفائدة في كل حال، وليس على الربحية الحقيقية للمشروع.

ولئن تحملت الهيئات الشرعية هذه المفاسد في بداية إصدار الصُّكوك في حين كانت المؤسسات المالية الإسلامية قليلة، فقد حان الأوان أن تُعيد النَّظر في ذلك، وتخلِّص الصُّكوك الآن من هذه الأمور المشبوهة، فإما أن تخلو من (الحوافز) بتاتاً، أو تؤسَّس الحوافر على أساس الربح المتوقَّع من المشروع، وليس على أساس سعر الفائدة، ويصبح ذلك ميزة تتميز بها المؤسسات المالية الإسلامية عن المؤسسات التَّقليدية الرِّبوية تميزاً حقيقيّاً.

ب ـ اشتراطُ القرضِ عند نقص الربح من النِّسبة المعيَّنة:

أما اشتراط القرض عند انتقاص الربح الحقيقي من النسبة المعينة، فلا مبرر له إطلاقاً من الناحية الشَّرعية، فإن الذي يلتزم بالقرض هو مدير العمليات، وهو الذي يبيع الأصول على حمَلَة الصُّكوك في بداية العملية، فلو اشترط عليه أن يقرض حمَلَة الصُّكوك في حالة نقص الرِّبح الفعليِّ عن تلك النِّسبة، فهو داخل في بيع وسلف، وقد ثبت عن رسول الله ﷺ «**أنه نهى عن بَيْعٍ وسَلَفٍ**». أخرجه مالك في «الموطّأ» بلاغاً، وأخرجه أبو داود والتِّرمذيُّ بلفظ: «**لا يحل سلف وبيع**»، وقال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح[1]. وقال ابن عبد البرِّ رحمه الله:

(هذا الحديث محفوظ من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جدِّه عن النَّبيِّ ﷺ، وهو حديث صحيح، رواه الثقات عن عمرو بن شعيب، وعمرو بن شعيب ثقة إذا حدث عنه ثقة)[2]

---

(١) موطأ الإمام مالك: ٢/ ٦٥٧؛ وسنن أبي داود، باب في الرجل يبيع ما ليس عنده، رقم (٣٥٠٤)، وجامع الترمذي، باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عنده، رقم (١٢٣٤).

(٢) التمهيد، لابن عبد البر: ٢٤/ ٣٨٤.

وقد أخذ بهذا جميع أهل العلم، ولا يعرف فيه خلاف؛ قال ابن قدامة رحمه الله:

(ولو باعه بشرط أن يسلفه أو يقرضه، أو شرط المشتري ذلك عليه، فهو محرم والبيع باطل، وهذا مذهب مالك والشافعي، ولا أعلم فيه خلافاً)(١)

وقال رحمه الله في موضع آخر:

(وإن شرط أن يؤجِّره داره بأقل من أجرتها، أو على أن يستأجر دار المقرض بأكثر من أجرتها.. كان أبلغ في التحريم)(٢)

وقال ابن الهُمام رحمه الله بعد ذكر الحديث:

(ومعنى السلف في البيع: البيع بشرط أن يقرضه دراهم، وهو فرد من البيع الذي شرط فيه منفعة لأحد المتعاقدين وغير ذلك)(٣)

وفي آلية الصُّكوك المذكورة لا يرضى المدير باشتراط هذا القرض إلا لأنه يحُوز أكثر من حصَّته الحقيقية من الربح الفعليِّ من خلال (الحافز) الذي اشتُرط له عندما يتجاوز الربحُ الفعليُّ النِّسبة المبنية على سعر الفائدة؛ فهذا القرض أبلغ في التحريم بعبارة ابن قدامة رحمه الله.

وقد يكون مدير العمليات الذي التزم بالقرض شريكاً أو مضارباً؛ وهذا الالتزام المشروط أيضاً مخالف لمقتضى العقد، وتغطيه علَّة التَّحريم في بيع وسلف سواء بسواء، فلا يجوز.

ج ـ تعهُّد المدير بشراء الأصول بالقيمة الاسمية:

أما المسألة الثالثة، فهي أن العمليات التِّجارية الحقيقية في الشريعة لا

---

(١) المغني، لابن قدامة: ٤/ ١٦٢

(٢) المرجع السابق: ٤/ ٢١١.

(٣) فتح القدير: ٦/ ٧٧.

يُضمن فيها استرداد رأس المال، فإنَّ غُنْم الربح الحقيقيِّ في الشريعة الإسلامية يتبع الغُرْم دائماً، فكان الأصل في الصُّكوك التِّجارية أن لا يُضمن فيها رأس المال لحملتها، بل إنهم يستحقون القيمة الحقيقية للأصول، سواء ازدادت من قيمتها الاسمية أم نقصت.

ولكن الصُّكوك الرائجة اليوم كلّها تضمن رأس المال لحمَلَة الصُّكوك بطريق غير مباشر؛ وهو أن مدير العمليات يتعهَّد تجاه حمَلَة الصُّكوك أنه سيشتري الأصول التي تمثلها الصُّكوك بالقيمة الاسمية عند نهاية مدَّتها، بقطع النظر عن قيمتها الحقيقية يومئذٍ. ومعنى ذلك: أن حمَلَة الصُّكوك يرجع إليهم عند إطفاء الصُّكوك رأسُ مالهم مضموناً، لا غير.

فإن كان المشروع أصيب بخسران، فإنه يتحمله المدير، وإن كان فيه ربح فإنه يحوزه المدير بالغاً ما بلغ، ولا حق لحمَلَة الصُّكوك إلا في استرداد رأس مالهم كما في السَّندات الرِّبوية.

ولو تأملنا في مدى جواز هذا التَّعَهُّد، فإن مدير العمليات في الصُّكوك قد يدير العمليات على أساس كونه مضارباً لحملتها، وقد يكون شريكاً لهم، وقد يكون وكيلهم للاستثمار.

- **التعهُّد من المدير المضارب:**

أما بطلان هذا التَّعهُّد في حالة كونه مضارباً، فظاهر؛ لأن ضمان رأس المال من المضارب لصالح أرباب الأموال، ولم يقل بجوازه أحد، وجاء في معيار المضاربة الصَّادر من المجلس الشَّرعيِّ:

(فإذا كانت الخسارة عند تصفية العمليات أكثر من الربح يحسم رصيد الخسارة من رأس المال، ولا يتحمَّل المضارب منه شيئاً باعتباره أميناً ما لم يثبت التَّعدي أو التقصير، إذا كانت المصروفات على قدر الإيرادات

يتسلم ربُّ المال رأس ماله، وليس للمضارب شيء، ومتى تحقق الربح فإنه يوزع بَيْنَ الطَّرفين وفق الاتِّفاق بينهما)[١]

ولم أجد لهذا التعهُّد من المضارب مبرراً فقهيّاً، غير أنه قد ذكر في بعض الصُّكوك أن المدير لا يتعهد بصفته مضارباً، بل بصفة أخرى، وهذا أمر غير معقول؛ لأنه ليس للمضارب صفة أخرى في هذه العملية.

● **التعهُّد من الشَّريك:**

وقد يكون مدير العمليات شريكاً لحمَلَة الصُّكوك، وكما لا يجوز للمضارب أن يضمن رأس المال لربِّ المال، كذلك لا يجوز أن يضمنه أحد الشركاء للشركاء الآخرين، فإنه يقطع الشَّركة بين الشُّركاء في حالة الخسارة، ولم يقل بجوازه أحد، وجاء في معيار الشَّركة (المشاركة) والشَّركات الحديثة الصَّادر من المجلس الشَّرعيِّ:

(لا يجوز أن تشتمل شروط الشركة أو أسس توزيع أرباحها على أي نصٍّ أو شرط يؤدِّي إلى احتمال قطع الاشتراك في الربح، فإن وقع كان العقد باطلاً)[٢]

وقد نصَّ المعيار على عدم جواز التعهُّد المذكور بصراحة في بند لاحق حيث جاء فيه:

(يجوز أن يُصدِر أحد أطراف الشركة وعداً ملزماً بشراء موجودات الشركة خلال مدتها، أو عند التَّصفية بالقيمة السُّوقية، أو بما يُتَّفق عليه عند الشِّراء، ولا يجوز الوعد بالشِّراء بالقيمة الاسمية)[٣]

وجاء في مستند الأحكام الشَّرعية لهذا المعيار:

---

(١) المعيار الشرعي، رقم (١٣)، بند (٨/ ٧).

(٢) المعيار الشرعي، رقم (١٢)، بند (٣/ ١/ ٥/ ٧).

(٣) المرجع السابق، بند (٣/ ١/ ٦/ ٢).

(مستند عدم جواز الوعد الملزم من قبل أحد أطراف الشركة بشراء موجودات الشركة بالقيمة الاسمية: أنه بمثابة ضمان رأس المال، وهو ممنوع شرعاً، ومستند جواز الوعد بشرائها بالقيمة السُّوقية أنه ليس في ذلك ضمان بَيْنَ الشُّركاء)(١).

وقد استدل بعض الإخوة المعاصرين على جواز هذا التعهُّد المستلزم لضمان رأس المال أن ذلك ممنوع في شركة العقد، وليس في شركة الملك، ثمَّ ادَّعوا أن الشَّركة في الصُّكوك (وخاصَّة في الصُّكوك التي تمثِّل الأعيانَ المؤجَّرةَ) إنما هو شركة الملك، وليس شركة العقد، ولكن إذا نظرنا في حقيقة هذين النوعين من الشركة، تبيّن لنا أن الشركة في الصُّكوك شركة عقد، وليس شركة ملك فقط؛ وذلك لأن المقصود من هذه الشركة ليس تملُّكاً للأعيان بغرض الاستهلاك أو الانتفاع الشَّخصي، وإنما المقصود منه استثمار مشترك، وهو الفارق الأساسي بين شركة الملك وشركة العقد.

وتفصيل ذلك أننا لو تأملنا فيما ذكره الفقهاء في حقيقة شركة العقد، ظهر لنا أن شركة العقد تتميز عن شركة الملك بوجوه ثلاثة:

الأول: أن المقصود منها الاسترباح المشترك، بخلاف شركة الملك، فإن المقصود منها التملُّك والانتفاع لا غير.

والثاني: أنها تجعل كل شريك وكيلاً عن الآخر في عمليات الاستثمار، في حين أن الشُّركاء في شركة الملك كل واحد منهم يستقل بتصرُّفه في حصَّته، وهو أجنبي بالنِّسبة لحصَّة شريكه أو شركائه الآخرين.

الثالث: أن الشُّركاء أحرار في شركة العقد بتوزيع الربح فيما بينهم بأية نسبة مشاعة يتفقون عليها فيما بينهم، بخلاف شركة الملك، فإن كل شريك

(١) المعايير الشرعية، ص٢٣٠.

فيها يستقل بالاسترباح من حصَّته، ولو استغلَّ كل واحد حصته منفرداً، فإن كل واحد ينفرد بما كسب من غلَّة حصَّته فقط.

وإن هذه الخصائص لشركة العقد كلها متوافرة في الشركة التي تحدث بالصُّكوك.

وإن الشَّيخ مصطفى الزرقا رَحِمَهُ ٱللَّهُ قد تكلم في الفرق بَيْنَ النَّوعين من الشَّركة بكلام واضح ودقيق، وإليكم عبارته بنصه:

(إن الملكية الشَّائعة إنما تكون دائماً في شيء مشترك، فهذه الشَّركة إذا كانت في عين المال فقط، دون الاتِّفاق على استثماره بعمل مشترك، تسمى (شركة ملك)، وتقابلها (شركة العقد) وهي أن يتعاقد شخصان فأكثر على استثمار المال أو العمل واقتسام الرِّبح، كما في الشَّركات التِّجارية والصِّناعية)[1].

وقد تحدَّث الشيخ رَحِمَهُ ٱللَّهُ عن الفارق بين القسمين في محل آخر فقال:

(عقد الشركة: وهو عقد بين شخصين فأكثر على التعاون في عمل اكتسابيٍّ واقتسام أرباحه. والشَّركة في ذاتها قد تكون شركة ملك مشترك بين عدة أشخاص ناشئة عن سبب طبيعي كالإرث مثلاً، وقد تكون شركة عقد بأن يتعاقد جماعة على القيام بعمل استثماريٍّ يتساعدون فيه بالمال، أو بالعمل، ويشتركون في نتائجه. فشركة الملك هي من قبيل الملك الشائع، وليست من العقود، وإن كان سببها قد يكون عقداً، كما لو اشترى شخصان شيئاً، فإنه يكون مشتركاً بينهما شركة ملك، ولكن ليس بينهما عقد على استغلاله واستثماره بتجارة أو إجارة، ونحو ذلك من وسائل الاسترباح. وأما شركة العقد التي غايتها الاستثمار والاسترباح، فهي المقصودة هنا، والمعدودة من أصناف العقود المسماة)[2].

---

(١) المدخل الفقهي العام، للشيخ مصطفى الزرقا: ١/ ٢٦٣.

(٢) المرجع السابق: ١/ ٥٥١.

فأوضح الشيخ رحمه الله أن الشَّركة متى قُصِد بها الاستثمار أو الاستغلال، سواء عن طريق التِّجارة أو عن طريق الإجارة، أصبحت الشَّركة شركة عقد، ومن البديهي أن الصُّكوك يُقصد بها الاستثمار أو الاستغلال عن طريق الأعيان المؤجَّرة، فلا سبيل إلى القول بأنه شركة ملك، ولذا فلا يجوز أن يضمن أحد الشُّركاء رأس المال الآخر بطريق مباشر أو غير مباشر.

والواقع أن عدم جواز التعهُّد المذكور من الشَّريك أو المضارب أمر لا يحتاج إلى كثير من التَّدليل، فإنه أمر مقرَّر في الفقه، وقد أكَّدته المجامع والندوات الفقهية، والمجلس الشَّرعي نفسه، ولو فتحنا هذا الباب، لجاز لمديري المصارف الإسلامية أن يضمنوا رأس مال المودِعين بأن يتعهَّدوا بشراء حصصهم المشاعة في وعاء الاستثمار بقيمتها الاسمية، وبهذا ينتفي الفارق الوحيد بَيْنَ ودائع المصارف الإسلامية والمصارف التقليدية.

● **التعهُّد من وكيل الاستثمار:**

ولا يكون مدير العمليات في بعض الصُّكوك شريكاً أو مضارباً، وإنما يكون وكيلاً لحمَلَة الصُّكوك في استثمار الأصول التي تمثِّلها الصُّكوك؛ فهل يجوز أن يتعهَّد لحمَلَة الصُّكوك أنه سوف يشتري الأصول في نهاية المدة بقيمتها الاسمية؟.

والجواب: أن التعهُّد من الوكيل وإن كان أخف من تعهُّد الشَّريك أو المضارب، فإنه لا يجوز أيضاً؛ لأن الوكالة عقد أمانة ليس فيها ضمان على الوكيل إلا في حالة التعدِّي أو التقصير.

والتعهُّد المذكور بمثابة الضَّمان منه، فلا يجوز هذا الضَّمان أيضاً، وبهذا أخذ معيار الضمانات الصَّادر من المجلس الشَّرعيِّ، حيث جاء في البند (٢/ ٢/ ١) منه ما نصه:

(لا يجوز اشتراط الضَّمان على المضارب، أو وكيل الاستثمار، أو أحد الشركاء؛ سواء كان الضَّمان للأصل أم للربح، ولا يجوز تسويق عملياتها على أنها استثمار مضمون).

وجاء في البند التالي:

(لا يجوز الجمع بين الوكالة والكفالة في عقد واحد لتنافي مقتضاهما، ولأن اشتراط الضَّمان على الوكيل بالاستثمار يحوِّل العملية إلى قرض بفائدة ربويَّة بسبب ضمان الأصل مع الحصول على عائد الاستثمار).

وقد يستدل على جواز هذا التعهُّد من وكيل الاستثمار بمسألة أقرها المعيار في البند نفسه، حيث جاء فيه:

(أما إذا كانت الوكالة غير مشروطة فيها الكفالة، ثمَّ كفل الوكيل مَنْ يتعامل معه بعقد منفصل، فإنه يكون كفيلاً لا بصفة كونه وكيلاً، حتى لو عُزل عن الوكالة يبقى كفيلاً)[1]

فيقول المستدلُّون: إن وكيل الاستثمار وإن لم يكن ضامناً في الأصل، ولكنه أصبح ضامناً بحكم هذا التعهُّد المستقل المنفصل عن عقد الوكالة.

والجواب: أن هذا قياس مع فارق كبير؛ لأن الوكيل في الصُّورة المذكورة في المعيار يكون كفيلاً عن مديون العمليات بعقد منفصل، وإنه لا يضمن إلا إذا تخلف المديون عن سداد واجباته فقط، ولكنه لا يضمن للبائع أن يكون البيع رابحاً في كل حال.

أما في صورة الصُّكوك، فإن وكيل الاستثمار لا يضمن مديوناً معيناً، وإنما هو يضمن خسران العمليات، حتى إن ضمانه يظل قائماً، وإن سدَّد جميع المديونين واجباتهم، ولكن كانت العمليات خاسرة لنزول الأسعار في السوق، أو لأيِّ سبب آخر، فكيف يقاس هذا على ذاك؟.

---

(١) انظر: المعيار الشرعي، رقم (٥)، بند (٢/ ٢/ ١)، و (٢/ ٢/ ٢).

ثم يزيد الضغث على الإبّالة في هذا التعهُّد إن كان المدير هو البائع للأصول على حمَلَة الصُّكوك، كما هو الشأن في كثير منها، حيث يتضمَّن هذا التعهُّد العينة؛ لأنه تعهَّد بشراء ما باعه المتعهِّد، إلا إذا انتفت العينة بالشروط المعروفة في الفقه.

٢ ـ سياسة الاقتصاد الإسلاميّ:

وإن هذا البحث كلَّه كان من الناحية الفقهية البحتة. أما إذا تأملنا في منظور مقاصد التشريع وأهداف الاقتصاد الإسلاميِّ، فإن الصُّكوك التي اجتمعت فيها معظم خصائص السَّندات الرِّبوية، مخالفة تماماً لهذه المقاصد والأهداف.

إن الهدف النبيل للاقتصاد الإسلاميِّ الذي هو من حكَم تحريم الربا أن يوزّع محصول العمليات التِّجارية والصِّناعية فيما بين الشُّركاء على أساس عادل.

وآليات الصكوك المذكورة تهدم هذا الأساس من رأسه، وتجعل الصُّكوك مشابهة للسَّندات الرِّبوية سواء بسواء من حيث نتائجُها الاقتصادية. . وإن إنشاء المصارف الإسلامية لم يكن للمماشاة مع النظام الرِّبويِّ السائد في العالم في جميع منتجاته وعملياته، وإنما كان المقصود من وراء ذلك أن نفتح بتدرُّج آفاقاً جديدة للأعمال التِّجارية والمالية والمصرفية يسود فيها العدل الاجتماعي حسب المبادئ التي وضعتها الشَّريعة الإسلامية الخالدة.

ولا شك أن هذا العمل العملاق كان يحتاج إلى تدرُّجٍ، ولكن التَّدرُّجَ الحقيقي إنما يُتصور بخطة ترسم مراحله المختلفة بدقة ووضوح، وبأن يكون هناك متابعة مستمرة للتقدم إلى هذه المراحل، وليس المراد من التَّدرُّجِ أن تقف الحركة على خطوة واحدة إلى أمد غير محدد.

لا شك أن هيئات الرَّقابة الشَّرعية والمجامع والنَّدوات الفقهية أجازت

للمصارف الإسلامية بعض العمليات لتسيير عَجَلَتها في ظروف صعبة، عددُ المصارف الإسلامية فيها قليل جدّاً، وكان المفروض أن تتقدم المصارف الإسلامية إلى العمليات الحقيقية المؤسسة على أساس أهداف الاقتصاد الإسلاميِّ، وإلى الابتعاد من مشابهة العمليات الرِّبوية، ولو خطوة فخطوة، ولكن الذي يحدث الآن هو عكس ذلك، فإن المؤسسات المالية الإسلامية أصبحت تتنافس في أن تتقدَّم بجميع خصائص السُّوق الرِّبوية بعُجَرها وبُجَرها، وتأتي بمنتجات جديدة ترجع القهقرى إلى الاقتراب من العمليات الرِّبوية بدلاً من أن تبتعد عنها، وكثيراً ما تُبرَّر هذه المنتجات بالحيل التي يمجُّها الفكر السليم، ويضحك عليها الأعداء.

وقد يستدل لتمشية هذه الصُّكوك بأن هيئات التصنيف العالمية لا تصنّفها بالمستوى العالي المطلوب، إلا بمثل هذه الآليات التي تضمن لَحَملتها رأس مالهم، وتوزع عليهم الربح بنسبة معينة من رأس المال، ولذلك لا يتيسر تسويقها على نطاق واسع إلا بمثل هذه الآليات.

والجواب عنه: أننا لو مشينا خلف هيئات التصنيف العالمية التي لا تفرّق بَيْنَ الحلال والحرام، لما أمكن لنا أبداً أن نتقدَّم إلى منتجات إسلامية خالصة تخدم أهداف الاقتصاد الإسلاميِّ؛ وذلك لأن هذه الهيئات نشأت في جوٍّ ربويٍّ لا تعترف بجودة الاستثمار إلا بضمان رأس المال وتوزيع العائد على أساس ربويٍّ، والحال أن جودة المنتج من الناحية الشَّرعية تعتمد على تحمُّل الأخطار وتوزيع الربح العادل فيما بَيْنَ المستثمِرين، فالعقلية الإسلامية مضادة تماماً لعقلية هذه الهيئات.

وبالتالي، فإن الصُّكوك الإسلامية إنما وضعت للمصارف والمؤسَّسات الإسلامية التي تهدف إلى الابتعاد عن الرِّبا، فينبغي تسويق الصُّكوك فيما بينها على ذلك الأساس، وينبغي أن تكون الصُّكوك مقبولة لديهم، دون احتياجها إلى التصنيف التقليدي.. وقد أُنشئت هيئة للتصنيف الشَّرعي

الآن، فينبغي أن تدعمها المصارف والمؤسَّسات الإسلامية حتى نستغني عن هيئات التصنيف التقليدية.

والواقع أن عدد المصارف والمؤسَّسات المالية الإسلامية الآن عددٌ لا يُستهان بشأنه، والحمد لله، ولا يزال في تزايد يوماً فيوماً، ونسبة نموِّها في كثير من البلاد أكثر من نموِّ البنوك التقليدية، فيتعيَّن عليها الآن أن تتعاون فيما بينها لتقديم منتجات حقيقية، بعيدة عن التحايل، خالية عن الشُّبهات، وهادفة إلى خدمة مقاصد الشَّريعة في مجال الاقتصاد والتَّنمية والعدل الاجتماعي، ولا يتحصَّل ذلك إلا بترشيد وتأكيد من قبل هيئات الرَّقابة الشَّرعية.

ولو استمرت هيئات الرقابة الشَّرعية على سياستها السَّابقة، فإن المصارف الإسلامية سوف تخطئ الطريق، ويُخشى أن تفشل هذه الحركة الطَّيبة لا قدَّر الله.. وقد حان للهيئات الشَّرعية أن تُعيد النظر في سياستها، وتُقلِّل من الرُّخص التي استفادت بها المؤسسات المالية الإسلامية حتى الآن، وتصمُد على المعايير الشَّرعية الصَّادرة من المجلس الشَّرعيِّ، التي لم تُغفل الحاجات الحقيقية لهذه المؤسسات.

وإني على يقين بأنه إن صمدت الهيئات الشَّرعية على هذه المعايير، فإن الكفاءات الفنّية العالية الميسرة للمؤسَّسات لا تعجز عن إيجاد بدائل جيدة للمنتجات المشبوهة إن شاء الله تعالى.

● خلاصة البحث والاقتراحات:

١ ـ ينبغي إصدار الصُّكوك على أساس مشروعات تجارية أو صناعية جديدة، وإن أصدرت على أساس مشروع قائم، فالواجب أن تمثل الصُّكوك ملكية تامة لحمَلَتها في موجودات حقيقية.

٢ ـ ينبغي أن توزَّع عوائد المشروع على حمَلَة الصُّكوك بالغة ما بلغت بعد حسم المصروفات بما فيها من أجرة المدير، أو حصَّة المضارب في

الربح. . ولئن كان هناك حافز للمدير فليكن على أساس الربح المتوقَّع من العمليات، وليس على أساس سعر الفائدة.

٣ ـ لا يجوز التزام المدير أن يقدم قرضاً عند نقص الربح الفعليِّ من الربح المتوقَّع.

٤ ـ لا يجوز للمدير، سواء كان مضارباً، أو شريكاً، أو وكيلاً للاستثمار أن يتعهد بشراء الأصول بقيمتها الاسمية، بل يجب أن يكون الشِّراء على أساس صافي قيمة الأصول، أو بثمن يُتَّفق عليه عند الشِّراء.

٥ ـ يتعين على هيئات الرَّقابة الشَّرعية أن تلتزم بالمعايير الشَّرعية الصَّادرة عن المجلس الشرعيِّ.

وآخرُ دعوانا أن الحمدُ للهِ ربِّ العالمينَ

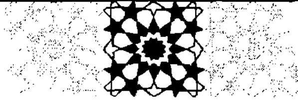


(٢٤)

الاجتهادُ الجماعيُّ

بحثٌ عُرِضَ على مؤتمر الفتوى، عقَده المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي في مكَّة المكرمة (٢٣ ـ ٢٨ رجب ١٤٢٩هـ، الموافق ٢٦ ـ ٣١ يوليو ٢٠٠٨م).

* * *



٢٤

الاجتهادُ الجماعيُّ

● **مقدمة:**

الحمد لله رب العالمين، والصَّلاة والسَّلام على أشرف الأنبياء والمرسَلين، وعلى آله وأصحابه أجمعين، وعلى من تبعهم بإحسان إلى يوم الدين.

أولاً: معنى الاجتهاد ومشروعيته:

الاجتهاد في اللغة: بذل الجهد لتحصيل أمر من الأمور.

وصار في **اصطلاح الأصوليين** مخصوصاً ببذل الجهد لمعرفة حكم شرعي، وعرَّفه الأصوليون بقولهم: «هو استفراغ الفقيه الوُسْعَ لتحصيل ظنٍّ بحكم شرعي»[(١)].

وعرفه الغزالي بقوله: «بذل المجتهد وُسْعَه في طلب العلم بأحكام الشَّريعة»[(٢)].

وإنما عدل في التَّعريف الأول عن لفظ العلم إلى لفظ الظَّن؛ لأن الاجتهادَ لا يفيد القطعَ واليقينَ الجازم، وإنما يُفيد علماً ظنيّاً يوجبُ العملَ به.

وأصل الاجتهاد لمعرفة الأحكام الشَّرعية، ما أخرجه المحدِّثون عن

---

(١) كشف الأسرار، للبخاري: ٣/ ١١٣٤؛ والتلويح، للتفتازاني: ٢/ ٦٧١.

(٢) المستصفى، للغزالي: ١/ ١٠١.

أصحاب مُعاذ بن جبل ﷺ: «أن رسول الله ﷺ لما أراد أن يبعث معاذاً إلى اليمن، قال: «**كيف تَقضي إذا عَرَضَ لك قضاء؟**» قال: أقضي بكتاب الله. قال: «**فإن لم تجد في كتاب الله؟**» قال: فبِسنة رسولِ الله ﷺ. قال: «**فإن لم تجد في سنة رسول الله ﷺ، ولا في كتاب الله؟**» قال: أجتهد رأيي ولا آلُو. فضربَ رسولُ الله ﷺ صدرَه فقال: «**الحمد لله الذي وفَّق رسولَ رسولِ اللهِ لما يُرضي رسول الله**»[١].

وهذا الحديث، وإن أعلَّه بعض المحدِّثين بجهالة الحارث بن عمرٍو وجهالة مَنْ روى عنهم من أصحاب معاذ بن جبل ﷺ، ولكن تلقاه علماء كلِّ عصر ومِصر بالقَبول، ويقول الحافظ ابن القيم ﷺ:

(فهذا حديث، وإن كان عن غير مسمَّين، فهم أصحاب معاذ فلا يضرُّه ذلك؛ لأنه يدل على شهرة الحديث، وأن الذي حدَّث به الحارث بن عمرو عن جماعة من أصحاب معاذ، لا واحد منهم، وهذا أبلغ في الشُّهرة عن واحد منهم لو سُمِّي، كيف وشهرة أصحاب معاذ بالعلم، والدِّين، والفضل، والصِّدق بالمحل الذي لا يخفى؟ ولا يعرف في أصحابه متَّهم ولا كذَّاب ولا مجروح، بل أصحابه من أفاضل المسلمين وخيارهم، لا يشك أهل العلم بالنَّقل في ذلك، كيف وشعبة حامل لواء هذا الحديث؟ وقد قال بعض أئمة الحديث: إذا رأيت شُعبة في إسناد حديث فاشدُد يديك به.

قال أبو بكر الخطيب: وقد قيل: إن عبادةَ بن نُسيٍّ رواه عن عبد الرحمن بن غنم عن معاذ، وهذا إسناد متَّصل، ورجاله معروفون

---

(١) أخرجه الترمذي في الأحكام؛ والنَّسائي في القضاة؛ والدَّارمي في المقدمة؛ وأحمد في مسنده؛ وهذا لفظ أبي داود في كتاب القضاء، حديث (٣٥٩٢).

بالثِّقة، على أن أهل العلم قد نقلوه واحتجُّوا به، فوقفنا بذلك على صحَّته عندهم)[١].

ثمَّ إنَّ هذا الحديث مؤيَّد بحديث صحيح أخرجه الشيخان عن عمرو بن العاص ﵁: أنه سمع رسول الله ﷺ، يقول: «**إذا حكم الحاكم فاجتهد ثمَّ أصاب، فله أجران، وإذا حكم فاجتهد ثمَّ أخطأ، فله أجر**»[٢].

وإنَّ ما جاء في حديث معاذ ﵁ ثابت عن عدة صحابة العمل به؛ فقد أخرج الدَّارمي في «سننه»: عن شريح: أن عمر بن الخطاب ﵁ كتب إليه: (إن جاءك شيء في كتاب الله فاقضِ به، ولا يلفتنّك عنه الرِّجال، فإن جاءك ما ليس في كتاب الله، فانظر سنة عن رسول الله ﷺ فاقض بها، فإن جاءك ما ليس في كتاب الله ولم يكن فيه سُنة من رسول الله ﷺ، فانظر ما اجتمع عليه النَّاس فخذ به، فإن جاءك ما ليس في كتاب الله ولم يكن في سُنة رسول الله ﷺ، ولم يتكلَّم فيه أحد قبلك، فاختر أيَّ الأمْرَين شئتَ، إن شئتَ أن تجتهد برأيك ثمَّ تتقدَّم، فتقدَّم، وإن شئتَ أن تتأخَّر فتأخَّر، ولا أرى التَّأخير إلا خيراً لك).

وأخرج الدَّارمي أيضاً عن: عبد الله بن مسعود ﵁ قال: (فإذا سُئلتم عن شيء فانظروا في كتاب الله، فإن لم تجدوه في كتاب الله، ففي سُنة رسول الله ﷺ، فما أجمع عليه المسلمون، فإن لم يكن فيما اجتمع عليه المسلمون، فاجتهدْ رأيكَ).

وأخرج أيضاً: عن عبد الله بن يزيد قال: (كان ابن عباس ﵄ إذا سُئل عن أمر فكان في القرآن أخبر به، وإن لم يكن في القرآن، وكان عن

---

(١) إعلام الموقعين، لابن قيم الجوزية: ١/ ١٨٣، دار إحياء التراث العربي ـ بيروت، ١٤٢٢هـ.

(٢) هذا لفظ البخاري في كتاب الاعتصام، حديث (٧٣٥٢).

رسول الله ﷺ أخبر به، فإن لم يكن فعن أبي بكر وعمر رضي الله عنهما، فإن لم يكن قال فيه برأيه)[١]

وأخرج البيهقيُّ: عن مَسلمة بن مخلد: أنه قام على زيد بن ثابت رضي الله عنه فقال: يا ابن عم! أُكرِهنا على القضاء، فقال زيد: (اقضِ بكتاب الله عز وجل، فإن لم يكن في كتاب الله ففي سُنة النَّبيِّ ﷺ، فإن لم يكن في سُنة النَّبِيِّ ﷺ، فادْعُ أهل الرأي ثمَّ اجتهد واختر لنفسك ولا حرج).

وكذلك أخرج البيهقيُّ: عن إدريس الأودي، قال: (أخرج إلينا سعيد بن أبي بردة كتاباً، فقال: هذا كتاب عمر رضي الله عنه إلى أبي موسى رضي الله عنه ـ فذكرَ الحديث ـ وفيه: الفهم فيما يختلج في صدرك ممَّا لم يبلغك في القرآن والسُّنة؛ فتعرَّف الأمثال والأشباه، ثمَّ قِسِ الأمور عند ذلك واعمد إلى أحبها إلى الله وأشبهها فيما ترى)[٢]

فهؤلاء الصحابة رضي الله عنهم كلهم مشوا على الأصل الذي ذكر في حديث معاذ رضي الله عنه؛ ممَّا يقوِّي ذلك الحديث، ويدل على صحَّة قول ابن القيم رحمه الله أن حديث معاذ عمل به السَّلف الصالحون.

ثمَّ الاجتهاد المذكور في ذلك الحديث وإن كان فرديّاً يمارسه من ابتُلي بمسألة لم يجد فيها نصّاً، ولكن هناك نصوص كثيرة تدل على أن المجتهد ينبغي أن يستشير أصحاب العلم قبل أن يبتَّ فيما يجتهد فيه.. وهذا هو المقصود بالاجتهاد الجماعيِّ.

ثانياً: أصل الاجتهاد الجماعي في السُّنة:

والأصل في ذلك ما روى عليُّ بن أبي طالب رضي الله عنه قال: قلت:

---

(١) سنن الدَّارمي، المقدمة، باب الفتيا وما فيه من الشدة، رقم (١٦٩ و١٧١ و١٦٨) بالترتيب المذكور.

(٢) السنن الكبرى، للبيهقيِّ، كتاب آداب القاضي، باب ما يقضي به القاضي ويفتي به المفتي... إلخ: ١٠/ ١١٥.

يا رسول الله! إنْ نزل بنا أمرٌ ليس فيه بيان أمر ولا نهي فما تأمرنا؟ قال: «**شاوروا الفقهاء والعابدين، ولا تُمضوا فيه رأيَ خاصَّة**»(١)

وأخرجه الخطيب بسنده ولفظه: عن مالك بن أنس، عن يحيى بن سعيد، عن سعيد بن المسيب، عن علي بن أبي طالب، قال: قلت: يا رسول الله! الأمر ينزل بنا بعدك، لم ينزل فيه قرآن ولم يسمع منك فيه شيء؟ قال: «**اجمعوا له العابدين من أمتي، واجعلوه شورى بينكم، ولا تقضوه برأي واحد**»(٢)

وأخرج الدارمي: عن أبي سلمة: أن النَّبيَّ ﷺ سُئل عن الأمر يحدث ليس في كتاب، ولا سنة، فقال: «**ينظر فيه العابدون من المؤمنين**»(٣)

ثالثاً: الاجتهادُ الجماعيُّ في عهد الصَّحابة والسَّلف الصَّالحين:

وهذا الأصل عمل به الخلفاء الراشدون ﵃، فإنهم كانوا يشاورون أهل العلم، فيما لم يرد فيه قرآن، أو سنة.

فقد أخرج البيهقيُّ في «سُننه»: عن جعفر بن برقان، عن ميمون بن مهران قال: (كان أبو بكر ﵁ إذا ورد عليه خصم نظر في كتاب الله، فإن وجد فيه ما يقضي به قضى به، فإن لم يجد في الكتاب، نظر هل كانت من النبيِّ ﷺ فيه سُنة، فإن علمها قضى بها، وإن لم يعلم خرج فسأل المسلمين، فقال: أتاني كذا وكذا، فنظرت في كتاب الله، وفي سنة رسول الله ﷺ، فلم أجد في ذلك شيئاً، فهل تعلمون أن نبيَّ الله ﷺ قضى في

---

(١) أخرجه الطبراني في الأوسط، وقال الهيثمي: رجاله موثقون من أهل الصحيح. مجمع الزوائد: ١/٤٢٨، طبع دار الفكر، ١٤٢٠هـ، كتاب العلم، باب الإجماع، حديث (٨٣٤).

(٢) الفقيه والمتفقِّه، للخطيب: ٢/٧٣ و٣/٢٧٧؛ وأخرجه ابن عبد البرِّ بسنده في جامع بيان العلم وفضله: ٣/٨١ ـ ٨٢.

(٣) سنن الدارمي، باب اتِّباع السُّنة: ١/٤٧.

ذلك بقضاء؟ فربما قام إليه الرَّهط، فقالوا: نعم، قضى فيه بكذا وكذا، فيأخذ بقضاء رسول الله ﷺ).

قال جعفر: (وحدثني غير ميمون: أن أبا بكر رضي الله عنه كان يقول عند ذلك: الحمد لله الذي جعل فينا من يحفظ عن نبيِّنا ﷺ، وإن أعياه ذلك دعا رؤوس المسلمين وعلماءهم، فاستشارهم، فإذا اجتمع رأيُهم على أمرٍ قضى به).

قال جعفر: (وحدثني ميمون: أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه كان يفعل ذلك. فإن أعياه أن يجد في القرآن والسُّنة، نظر هل كان لأبي بكر رضي الله عنه قضاء؟ فإن وجد أبا بكر رضي الله عنه قضى فيه بقضاء قضى به، وإلا دعا رؤوس المسلمين وعلماءهم فاستشارهم، فإذا اجتمعوا على الأمر قضى بينهم)[(١)].

وقد ثبت عن سيدنا عمر بن الخطَّاب رضي الله عنه أنه جمع الفقهاء من الصَّحابة في كثير من المسائل، وأصدر حكماً شَرعيّاً بعد اتفاقهم على ذلك؛ فمثلاً: استشارهم في قضية قسم أراضي العراق و فَرْضِ الخراج عليها، وجمع لها أعيان المهاجرين والأنصار في مجلس أدلى كلٌّ فيه دلوه، ثمَّ اتفق الجميع على فَرْضِ الخراج عليها. وقصة هذه الشُّورى رواها الإمام أبو يوسف مبسوطة[(٢)]

وكذلك جمعهم في تعيين حدِّ شرب الخمر، حتَّى صدر عن رأي عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه، كما رواه مسلم وأبو داود وغيره[(٣)].

وأخرج الطَّحاوي: عن إبراهيم النَّخعي رحمه الله قال: (قُبِضَ رسول الله ﷺ والنَّاس مختلفون في التَّكبير على الجنائز، لا تشاء أن تسمع رجلاً

(١) السنن الكبرى، للبيهقي، كتاب آداب القاضي: ١٠/ ١١٤.

(٢) كتاب الخراج، لأبي يوسف، ص٢٤ ـ ٢٦؛ وأخرجه البخاري باختصار في الحرث والمزارعة، حديث (٢٣٣٤)، وفي المغازي، حديث (٤٢٣٥ و٤٢٣٦).

(٣) صحيح مسلم، كتاب الحدود، حديث (٤٤٥٤)؛ وأبو داود، حديث (٤٤٧٩).

يقول: سمعتُ رسولَ الله ﷺ يكبِّرُ سبعاً. وآخر يقول: سمعتُ رسولَ الله ﷺ يكبِّر خمساً، وآخر يقول: سمعتُ رسولَ الله ﷺ يكبِّر أربعاً إلا سمعته. فاختلفوا في ذلك، فكانوا على ذلك حتى قُبِضَ أبو بكر رضي الله عنه، فلمَّا ولي عمر رضي الله عنه رأى اختلاف النَّاس في ذلك، شَقَّ ذلك عليه جدّاً، فأرسل إلى رجال من أصحاب رسول الله ﷺ، فقال: إنكم معاشر أصحاب رسول الله ﷺ، متى تختلفون على النَّاس يختلفون من بعدكم، ومتى تجتمعون على أمر يجتمع النَّاس عليه، فانظروا أمراً تجتمعون عليه.. فكأنّما أيقظهم، فقالوا: نِعْمَ ما رأيت يا أمير المؤمنين! فأَشِرْ علينا. فقال عمر: بل أشيروا أنتم عليَّ، فإنما أنا بشر مثلكم.. فتراجعوا الأمر بينهم، فأجمعوا أمرهم على أن يجعلوا التَّكبير على الجنائز مثل التَّكبير في الأضحى والفطر؛ أربع تكبيرات، فأجمع أمرهم على ذلك)[١].

وأخرجه البيهقي مختصراً: عن أبي وائل قال: (كانوا يكبِّرون على عهد رسول الله ﷺ سبعاً، وخمساً، وستّاً، أو قال: أربعاً، فجمع عمر بن الخطاب رضي الله عنه أصحاب رسول الله ﷺ، فأخبر كلُّ رجل بما رأى، فجمعهم عمر رضي الله عنه على أربع تكبيرات كأطول الصلاة)[٢].

وهكذا كان الصحابة رضي الله عنهم يتشاورون فيما بينهم؛ لمعرفة الحكم الشَّرعي في مسألة جديدة، أو لتقليل الخلاف في المسائل المختلف فيها، وهذا هو المقصود بالاجتهاد الجماعيِّ.

والظَّاهر أن الاجتهاد الجماعيَّ كان هو الأصل في عهد الصحابة رضي الله عنهم، فإنَّه قد وقع الإنكار من بعض التابعين على من يستبدُّ بالإفتاء وينفرد

---

(١) شرح معاني الآثار، للطحاوي، كتاب الجنائز، باب التكبير على الجنائز كم هو: ١/ ٣١٩، طبع ملتان.

(٢) السنن الكبرى، للبيهقي، كتاب الجنائز، باب ما يُستدلُّ به أن أكثر الصحابة اجتمعوا على أربع... إلخ: ٤/ ٣٧.

به دون أن يستشير غيره من العلماء؛ فقد أخرج البيهقيُّ: عن أبي حصين قال: (إن أحدهم ليفتي في المسألة، ولو وردت على عمر بن الخطاب ﷺ، لجمع لها أهل بدر)[١]

وكذلك الأئمة المجتهدون بعد عهد الصَّحابة كانوا يتشاورون فيما بينهم، وقد كوَّن بعضهم من أجل ذلك مجلساً يجتمعون فيه ويتذاكرون المسائل الفقهية، والذي اشتهر في هذا المنهج هو الإمام أبو حنيفة ﷺ، الذي جعل الاجتهاد شورى بين أصحابه، ويقول الموفَّق المكيُّ ﷺ:

(فوضع إمام الأنام مذهبه شورى بينهم، ولم يستبدَّ فيه بنفسه دونهم، اجتهاداً منه في الدِّين، ومبالغة في النَّصيحة لله، ولرسوله ﷺ، وللمسلمين. فكان يطرح مسألة ثمَّ مسألة، ثمَّ يسأل ما عندهم، ويقول ما عنده، ويناظرهم في كل مسألة شهراً أو أكثر)[٢]

رابعاً: الاجتهادُ الجماعيُّ في مسائل معاصرة:

وكل ما ذكر فيما سبق بالنسبة للاجتهاد الجماعيِّ يمهِّد لنا المنهج القويم لاستنباط الأحكام الشَّرعية في مواجهة مشاكل العصر الحديث؛ فقد حدثت في عصرنا مسائل كثيرة لا يوجد لها ذكرٌ صريح في الكتاب والسُّنة، ولا في كلام الفقهاء السابقين، أو يوجد لها ذكرٌ في كلام الفقهاء، ولكنه يحتاج إلى تأمُّلٍ، نظراً إلى الظروف الحادثة التي تحتمل أن تفقد فيها العلَّة التي أُدير عليها الحكم في الأزمنة السابقة.

وفي عين هذه الحالة أرشدنا النَّبيُّ الكريم ﷺ في حديث عليٍّ بن أبي طالب ﷺ المذكور فيما سبق، إلى الطريق الصحيح الذي ينبغي أن يسلكه

(١) المدخل الكبير، للبيهقي، ص٤٣٤، رقم (٨٠٣).
(٢) مناقب أبي حنيفة، للموفَّق المكيِّ: ٢/ ٥٧، دار الكتاب العربي.

العلماء في كل زمان ومكان: «**شاوروا الفقهاء والعابدين، ولا تُمضوا فيه رأيَ خاصَّةٍ**»[(١)]، وهذا هو المقصود بالاجتهاد الجماعيِّ في العصر الحاضر.

١ ـ بعضُ الأفكارِ الخاطئةِ بالنِّسبة للاجتهادِ الجماعيِّ:

قبل أن نتكلم في منهجية هذا الاجتهاد لابدَّ من التَّنبيه على بعض الأفكار الخاطئة، التي نشرها بعض النَّاس فيما بين عامَّة المسلمين في هذا الموضوع.

فهناك طائفة ـ وأكثرهم من المولعين بالأفكار الغربية ـ تدعو إلى الاجتهاد؛ بمعنى: أن تَشْرَعَ في استنباط الأحكام الشَّرعية من جديد، وتبتدئ عملية الاجتهاد من الألف والباء، وتشكُّ في كل ما قاله الفقهاء الأقدمون غير مبالية بإجماعهم، واتِّفاقهم على مبادئ الشَّريعة المسلمة، طوال القرون، كأنما نزل القرآن الكريم اليوم، وجاءت السُّنة المطهَّرة الآن، ولم يتفكَّر في تفسيرهما أحد طوال أربعة عشر قرناً، أو تفكَّر فيهما الفقهاء بعقليَّة خاطئة.

وإنَّ هذه النزعة من الاجتهاد المطلق التي تغضُّ من قدر ما بذل الفقهاء من جهود في تفسير القرآن والسُّنة، وتتجاهل عن مستوى العلم والتحقيق الرفيع الذي حازه الفقهاء الأقدمون، ومعيار الورع والتقوى الذي رُزِقوه بتوفيق الله سبحانه، لا تنتج إلا خلع ربقة الشَّريعة بأسرها، وتؤدِّي إلى الفوضوية والتشكيك في كل شيء، وتدع جيلنا الجديد يتخبط في عمياء؛ لأنه بالرَّغم من كثرة المدَّعين لمثل هذا الاجتهاد المطلق في ماضينا القريب، لم يوجد أحدٌ حتى اليوم من يقوم بذلك فيستنبط الأحكام الشَّرعية من جديد ويدونها من الطهارة إلى الفرائض في كتاب جامع.

---

(١) مجمع الزوائد: ١/٤٢٨، طبع دار الفكر، ١٤٢٠هـ، كتاب العلم، باب الإجماع.

والحق أننا لا ندعو إلى الاجتهاد الجماعيِّ لنصبغ الإسلام وشرعه صبغة جديدة تتوافق مع الأفكار الغربية، وإنما نحتاج إليه من أجل أن الحياة الإنسانية تغيَّرت اليوم، وتغيرت من أجلها الأوضاع في أكثر النواحي، وحدثت في جميع هذه الأوساط مسائل جديدة، وأبحاث مبتكرة.

ويتحتم علينا أن نلتمس أحكام هذه المسائل من الكتاب، والسُّنة، في ضوء الأصول الثابتة، والقواعد المسلمة التي مهَّدها الفقهاء، محافظين على المذاق الدِّيني الراسخ في جانب، والحاجات الحقيقية في جانب آخر.

٢ ـ تفويضُ الاجتهاد الجماعيِّ إلى البارليمان:

وهناك فكرة خاطئة أخرى اقترحت في عدة كتاباتها أن يفوَّض الاجتهاد إلى البارليمان، وذلك لأن البارليمان عندهم أقوى جهة ينتخبها الشَّعب، ويجمع ذوي الكفاءة في مختلف العلوم والصناعات، وهي الجهة التي يعتمد عليها اليوم في إصدار القوانين للدولة! فيقول أصحاب هذه الفكرة: إن ما يتفق عليه البارليمان هو أمثل حلٍّ لأية قضية جديدة؛ لأنه ينبع من رجال انتخبهم الشَّعب لهذا الغرض.

وإنَّ هذه الفكرة مَبنيَّة على الجهل، أو التجاهل عن معنى الاجتهاد، ومقتضياته الحقيقية، إن الاجتهاد في الأمور الشَّرعية ليس تحكيماً للعقل المجرد، وإنما هو بذل الجهد في معرفة الحكم الشَّرعي على أساس القرآن والسنة.

وذلك يتطلَّب مستوًى رفيعاً من العلم بالتفسير، والحديث، والفقه، وأصوله، وليس ذلك شأنَ كل من هبَّ ودبَّ، بل لا يمكن تعاطيه ممن تخصص في علوم أخرى، ولم يدرس علوم الشَّريعة من منابعها الأصيلة.

وإن أعضاء البارليمان اليوم لا ينتخبون على أساس علمهم بالدِّين

وعلومه، فتفويض الاجتهاد إليهم تحميلهم ما لا يطيقون، وتفويضٌ لهذا الأمر الخطير إلى غير أهله.

إن الإسلام ببالغ حكمته لم يكوّن للاجتهاد إدارةً رسمية مثل الكهنوت والإكليروس في النصارى، أو البرهمة في الهندوس؛ وذلك لأن النُّظم الإدارية يلزمها غالباً طروء الفساد بمرور الزّمان، فربما يسيطر عليها رجال على أساس قوَّتهم في المجتمع، دون كفاءتهم لها، وتجري فيها النزعات السِّياسية والإقليمية والنسبية، كما هو مشاهد في تاريخ بابوية النَّصارى.

وإن الإسلام بدلاً من تكوين إدارة رسمية للاجتهاد اشترط له الأوصاف المؤهِّلَة فحسب، فليس لأحد السُّلطة النهائية في حلِّ القضايا الاجتهادية، وإنما المعيار الوحيد لمعرفة صحيح الاجتهاد من سقيمه، هو كفاءة المجتهد، وقَبوله العامِّ من الأمة بطريق غير رسميٍّ.

٣ ـ الطريقُ السَّليمُ للاجتهادِ الجماعيِّ:

وإنما الطَّريق السَّليم للاجتهاد الجماعيِّ اليوم هو نفس الطريق الذي أرشد إليه النَّبِيُّ الكريم ﷺ في حديث سيدنا علي بن أبي طالب رضي الله عنه: «**شاور الفقهاء والعابدين، ولا تُمضوا فيه رأيَ خاصَّةٍ**» والذي عمل به الخلفاء الراشدون والأئمة المتبوعون، كما أسلفنا.. وقد أوضح النَّبِيُّ الكريم ﷺ في هذا الحديث، أنه يجب أن يتوفَّر في مثل هذا الاجتهاد شرطان:

١ ـ **أن يكون من قبل الفقهاء**: وهم الذين فرَّغوا أنفسهم للتَّفقه في الدِّين، كما يقتضيه قول الله تعالى: ﴿فَلَوْلَا نَفَرَ مِن كُلِّ فِرْقَةٍ مِّنْهُمْ طَآئِفَةٌ لِّيَتَفَقَّهُوا۟ فِى ٱلدِّينِ﴾ [التوبة: ١٢٢].

٢ ـ **أن يكون من العابدين المتَّقين**: فإن العبادة والتَّقوى من أهم العناصر التي تكوِّن في الإنسان ملكةً تميِّز بين الحقِّ والباطل، وتبعده عن

المجازفة في أحكام الله تعالى بمجرَّد التَّشهي؛ قال الله تعالى: ﴿إِن تَتَّقُوا۟ ٱللَّهَ يَجْعَل لَّكُمْ فُرْقَانًا﴾ [الأنفال: ٢٩].

وممَّا يدلُّ على مدى تأثير العبادة والتقوى في العلم، حديثٌ أخرجه التِّرمذي: عن جبير بن نفير، عن أبي الدَّرداء ﷺ قال: (كنا مع النَّبيِّ ﷺ فشخص ببصره إلى السماء، ثمَّ قال: «**هذا أوان يُختلس العلم من النَّاس حتَّى لا يقدروا منه على شيء**» فقال زياد بن لبيد الأنصاري ﷺ: يا رسول الله، وكيف يُختلس منا، وقد قرأنا القرآن؟! فوالله لنقرأنَّه، ولنُقرئنه نساءنا وأبناءنا؟ قال: «**ثكلتك أمك يا زياد، إن كنت لأَعدُّك من فقهاء أهل المدينة، هذه التَّوراة والإنجيل عند اليهود والنَّصارى، فماذا تغني عنهم؟!**» قال جبير: فلقيت عبادةَ بن الصَّامت ﷺ، فقلت: ألا تسمع إلى ما يقول أخوك أبو الدرداء؟ فأخبرته بالذي قال أبو الدرداء، قال: صدق أبو الدَّرداء، إن شئتَ لأُحدِّثنَّك بأول علم يُرفع من النَّاس: الخشوع، يوشك أن تدخل المسجد الجامع فلا ترى فيه رجلاً خاشعاً)(١)

وعلى هذا الأساس يجب أن تكون الجماعة التي تقوم بالاجتهاد الجماعيِّ في أيامنا يتوفر فيها هذان الشرطان، وأن يُنتخب أعضاؤها على أساس تفقُّههم وتقواهم.

ويجب أيضاً أن تكون هذه الجماعة حرَّة في اتِّخاذ قراراتها، ولا تتأثر بضغوطٍ سياسية من قبل الحكومة، أو الأحزاب السياسية وغيرها، وأن يشارك كلٌّ في المشاورة بذهن متفتح، لكلِّ رأي مستند إلى دليل، دون أن يتعصب لرأي مخصوص.

٤ ـ دور المجامع وهيئات الإفتاء في تحقيق الاجتهاد الجماعيِّ:

وقد حدثت في عهدنا عدّة مجامع وهيئات للفتوى، أُنشئت للنَّظر

(١) جامع الترمذي، كتاب العلم، باب ما جاء في ذهاب العلم، حديث (٢٦٥٣)، وحسَّنه الترمذي؛ وأخرجه الدَّارمي أيضاً، حديث (٢٩٤).

الجماعيِّ في مسائل جديدة، بعضها على مستوى دولة واحدة، مثل: هيئة كبار العلماء في السُّعودية، ومجلس الفكر الإسلامي في باكستان، ومجمع الفقه الإسلاميِّ في الهند، وأخرى على مستوى عالميٍّ، مثل: مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق من منظمة المؤتمر الإسلامي، والمجمع الفقهيِّ المنبثق من رابطة العالم الإسلاميِّ، والمجلس الشَّرعيِّ المنبثق من هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية.

وقد أدت هذه المجامع والهيئات دوراً هامّاً في فصل كثير من القضايا المعاصرة، والتماس الحلول الشَّرعية لمشاكل في حياة المسلمين.

وقد يُقترح أن تُعطى هذه المجامع صفة الإلزاميَّة، وأن تُعتبر قراراتها بمثابة إجماع المسلمين، لكننا لا نؤيد هذا الرَّأي، وليس ذلك للحطِّ من قدرها العلميِّ، فإننا نعتقد أن الجهد الذي بذلته هذه المجامع والهيئات جهدٌ مشكورٌ أنار للأمة الإسلامية سبل الخير في كثير من نواحي الحياة، ولكنَّ الإسلام لا يعترف بنظام الكهنوت في الاجتهاد الجماعي، ولم تكن في تاريخنا الزَّاهر جهة تستبد بالاجتهاد في الأحكام الشَّرعية، وتسدُّ أبوابه للآخرين.

ولهذا السبب رفض الإمام مالكٌ رَحِمَهُ ٱللَّهُ أن يلزم النَّاس بقَبول اجتهاداته؛ فقد أخرج ابن سعد عنه: أنه قال: (لما حجَّ أبو جعفر المنصور دعاني فدخلت عليه فحادثته، وسألني فأجبته، فقال: إني قد عزمت أن آمر بكتبك هذه التي وضعتها ـ يعني «الموطَّأ» ـ فتنسخ نسخاً، ثم أبعث إلى كل مِصرٍ من أمصار المسلمين منها بنسخة، وآمرهم أن يعملوا بما فيها لا يتعدوه إلى غيره، ويَدَعوا ما سوى ذلك من هذا العلم المحدَث... قال: فقلت: يا أمير المؤمنين! لا تفعل هذا، فإن النَّاس قد سبقت إليهم أقاويل، وسمعوا أحاديث، ورووا روايات، وأخذ كلُّ قوم ما سبق إليهم، وعملوا به،

ودانوا به من اختلاف النَّاس وغيرهم، وإن ردَّهم عما اعتقدوه شديد، فدع النَّاس وما هم عليه، وما اختار كلٌّ أهل بلد منهم لأنفسهم)[١]

ولا يمكن لمجمع أو هيئة أن تجمع جميع فقهاء أهل الأرض، كما لا يمكن أن يُمنع الفقهاء الآخرون من إبداء آرائهم الفقهية، فكيف يمكن أن تكون قراراتُ مجمع أو هيئة ملزمة على الآخرين، أو بمثابة إجماع المسلمين؟ نعم! إن قرارات هذه المجامع والهيئات مفيدة جدّاً لمعرفة الاتجاه السائد في المسائل الجديدة، وإنها تكتسب صفة المرجعية بقوَّة دلائلها وكثرة قائليها، فإذا انتشرت هذه القرارات ولم يظهر لها مخالف، فإنها تمهِّد السَّبيل للإجماع على تلك المسألة بخصوصها.

وقد تُقترح الإلزامية لقرارات المجامع، بدليل أنه لا يُسَدُّ باب الفتاوى الشَّاذة والمنحرفة إلا بذلك.

ولكن الحقيقة أن ذلك لا يمكن بفرض فتاوى جهة واحدة على الجميع، وإنما الضَّمير الاجتماعي للأمة هو الذي يَمُجُّ هذه الفتاوى الشَّاذة، ويثبت لنا التاريخ أن مثل هذه الفتاوى ماتت دائماً موتها الطبيعي بسبب ضعف دليلها وشذوذ قائليها، حتى إنها لا توجد اليوم إلا في بطون الأوراق.

والله سبحانه أعلم، وآخر دعوانا أنِ الحمدُ لله ربِّ العالمين، والصَّلاة والسَّلام على سيدنا ومولانا محمد، وعلى آله وأصحابه أجمعين.



---

(١) الطبقات الكبرى، لابن سعد، القسم المتمِّم لتابعي أهل المدينة، ص٤٤٠ ـ ٤٤١، طبع المدينة المنورة، ١٤٠٣هـ.

فهرس بحوث الجزء الثاني

البحث الرابع عشر

بيعُ الدَّينِ والأوراقِ الماليةِ

وبدائلها الشَّرعيَّةِ

البحث الخامس عشر

أحكامُ التَّورُّقِ وتطبيقاته المصرفيَّةِ

البحث السادس عشر
المضاربةُ المشتركةُ
في المؤسساتِ الماليَّةِ الإسلاميَّةِ

البحث السابع عشر
عقود التَّوريد والمناقصة

البحث الثامن عشر

عقودُ البناءِ والتَّشغيلِ ونقلِ الملكيَّة من النَّاحية الشَّرعية

البحث التاسع عشر

أحكامُ الجوائزِ

البحث العشرون
فسخُ نكاحِ المسلماتِ
من قبل المراكز الإسلامية

البحث الحادي والعشرون
تأصيلُ التَّأمينِ التَّكافليِّ على أساسِ الوقفِ
والحاجة الدَّاعية إليه

البحث الثاني والعشرون

رؤيةُ الهلالِ

(قَبولُ الشَّهادةِ برؤيةِ الهِلال وموانعُها)

البحث الثالث والعشرون

الصُّكوك وتطبيقاتُها المعاصِرة

البحث الرابع والعشرون

الاجتهادُ الجماعيُّ

